

ADVOCATUS

Publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Anunes da OAB-PE

PERNAMBUCO

ANO 3 | ABRIL 2013 | NÚMERO 10

Pedro Henrique Reynaldo Alves fala das primeiras ações da sua gestão como presidente da OAB-PE

ARTIGOS

Verdade formal e mentira real? O protagonismo judicial dos tribunais na produção probatória no Direito Processual Eleitoral

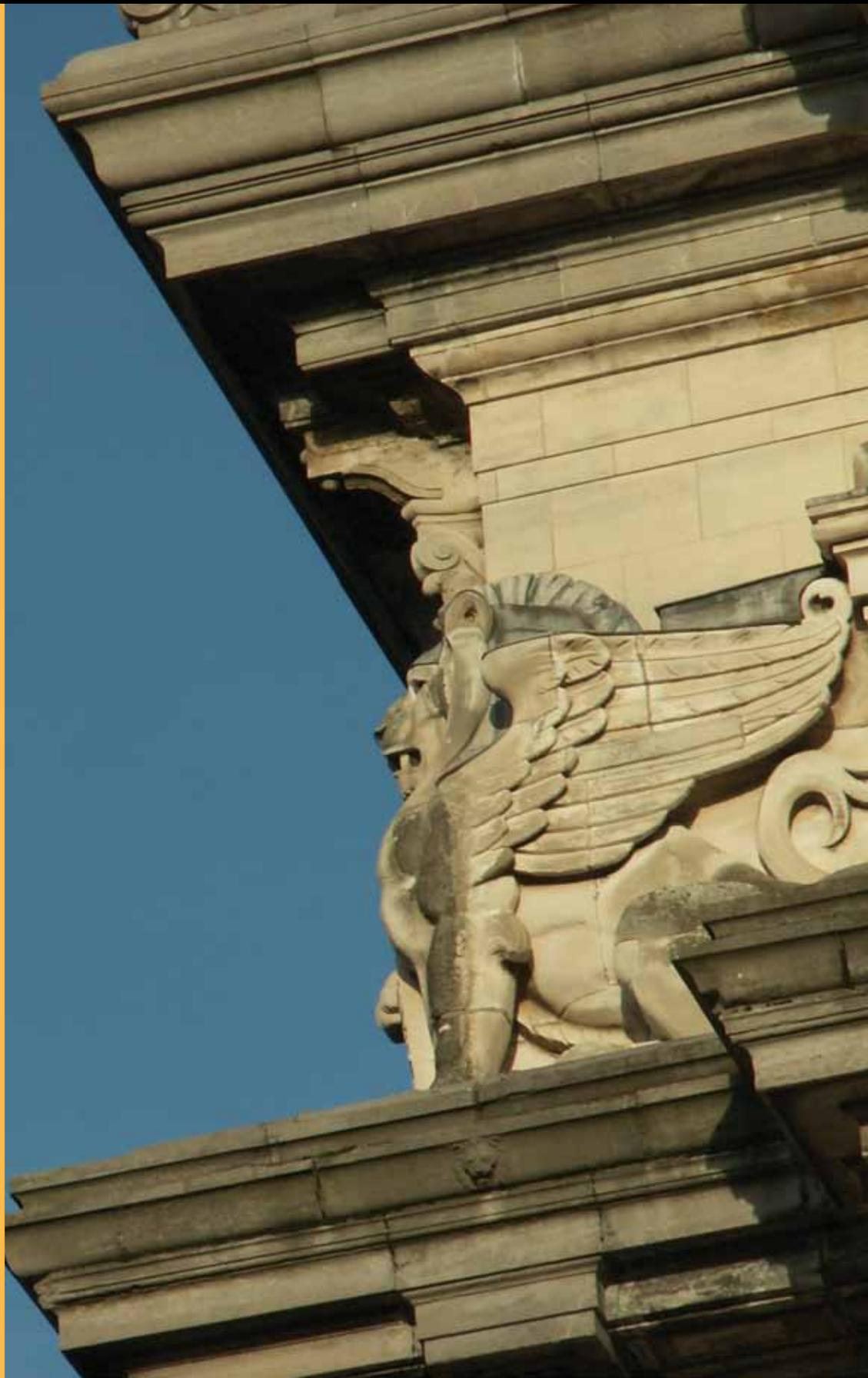
Ronnie Preuss Duarte

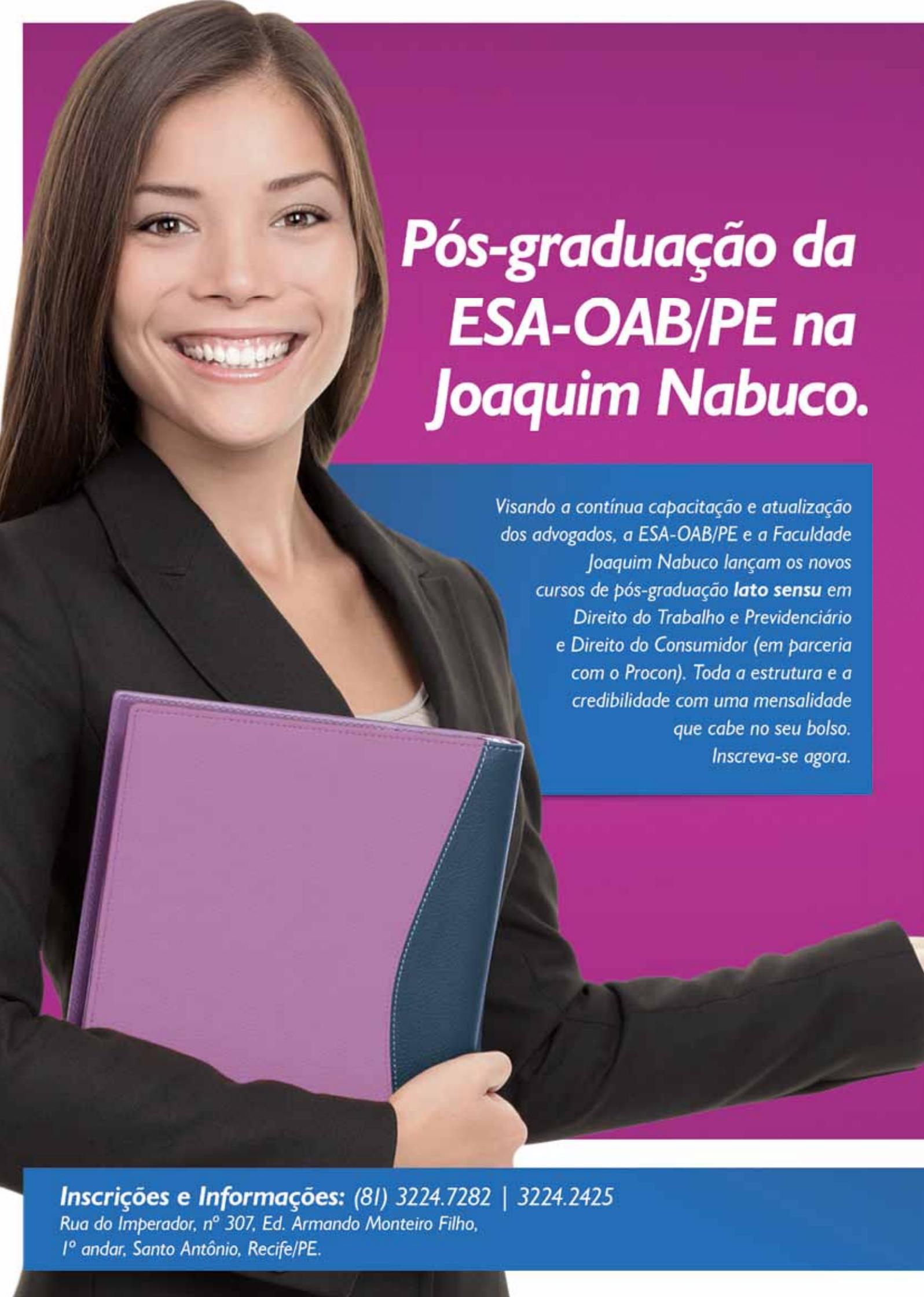
Prescrição de título executivo: um grave erro terminológico

Iure Pedroza Menezes

Mano de obra rural en las plantaciones de caña de azúcar de Pernambuco, en la década de 1990 y el derecho al trabajo decente de los niños y adolescentes en Brasil y Argentina.

Inácio José Feitosa Neto





Pós-graduação da ESA-OAB/PE na Joaquim Nabuco.

Visando a contínua capacitação e atualização dos advogados, a ESA-OAB/PE e a Faculdade Joaquim Nabuco lançam os novos cursos de pós-graduação **lato sensu** em Direito do Trabalho e Previdenciário e Direito do Consumidor (em parceria com o Procon). Toda a estrutura e a credibilidade com uma mensalidade que cabe no seu bolso.
Inscreva-se agora.

Inscrições e Informações: (81) 3224.7282 | 3224.2425

Rua do Imperador, nº 307, Ed. Armando Monteiro Filho,
1º andar, Santo Antônio, Recife/PE.

CURSOS

- **Direito do Consumidor** NOVO
- **Direito do Trabalho e Previdenciário** NOVO
 - **Direito Ambiental** NOVO
- **Direito Constitucional e Administrativo** NOVO
 - **Direito Tributário** NOVO
 - **Direito Empresarial** NOVO
- **Direito Penal e Processo Penal**
 - **Direito Civil e Processo Civil**
- **Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**
 - **Direito Processual: Civil, Constitucional, Penal e Trabalhista**

MATRÍCULAS ABERTAS

INVESTIMENTO:

R\$ 220,00 (matrícula) + 18 parcelas de R\$ 220,00 (duzentos e vinte reais).

Ex-alunos do Grupo Ser Educacional e da pós-graduação da ESA-OAB/PE pagam parcelas de R\$ 190,00 (cento e noventa reais).

CARGA HORÁRIA:

360 horas/aula. Aulas quinzenais, aos sábados, das 8h às 17h.

TURMAS PREVISTAS PARA OS MESES DE JUNHO/JULHO



BOLSAS INTEGRAIS EM PÓS-GRADUAÇÕES.

**Pós-graduações gratuitas.
Você é jovem advogado ou
é advogado idoso?**

**APROVEITE A OPORTUNIDADE
E ESTUDE DE GRAÇA.**

- Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**
- Direito Civil e Processo Civil**
- Direito Penal e Processo Penal**
- Direito do Consumidor**
- Direito Constitucional e Administrativo**
- Direito Empresarial**
- Direito Tributário**
- Direito Processual**
- Direito Ambiental**

Parceiros:





SELEÇÃO PÚBLICA DE BOLSAS DE ESTUDO CAAPE/OAB-PE

EDITAL

O PRESIDENTE da Caixa de Assistência dos Advogados de Pernambuco CAAPE/OAB em nome dos seus administradores, faz saber que estão abertas as inscrições para a seleção pública de bolsas de estudo CAAPE/OAB-PE, no período de 22/04/2013 à 24/06/2013.

1. DAS BOLSAS

- 1.1 São oferecidas 30 (trinta) bolsas de estudo nos cursos de Pós-Graduação em Direito realizados pela Escola Superior de Advocacia e a Faculdade João Nabuco, na cidade do Recife;
- 1.2 A CAAPE é responsável pela seleção das bolsas de estudo para esta seleção pública;
- 1.3 As bolsas de estudo serão de 100% (cem por cento);
- 1.4 O candidato selecionado deverá optar por um dos cursos no dia, local e horário a serem determinados;
- 1.5 A escolha da vaga será feita por ordem de classificação, de acordo com a tabela de vagas abaixo:

CURSO	VAGAS
DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO	4
DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL	4
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL	4
DIREITO CONSUMIDOR	3
DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO	3
DIREITO EMPRESARIAL	3
DIREITO TRIBUTÁRIO	3
DIREITO FISCAL	3
DIREITO AMBIENTAL	3

2. DA INSCRIÇÃO

- 2.1 Poderão inscrever-se advogados que estiverem regularmente inscritos e adimplentes com a OAB-PE;
- 2.2 A inscrição deverá ser feita diretamente na sede da Escola Superior de Advocacia - ESA/OAB-PE, situada à Rua do Imperador Dom Pedro II, nº 307 - Santo Antonio, CEP: 50010-240;
- 2.3 A inscrição será no valor de R\$ 30,00 (trinta reais), a serem pagos diretamente na sede da ESA/OAB-PE no momento da inscrição, devendo, ainda, o advogado apresentar todos os documentos exigidos neste Edital;
- 60% - Inscrição só poderá ser paga após o recebimento de uma cópia autenticada e original da inscrição em Direito por programa de ensino creditivo eletivo federal (PROJUN ou FES);
- 60% - Em nenhuma hipótese será devolvido o valor da inscrição, nem transferido o crédito para outro candidato;
- 2.4 No momento da inscrição, o candidato deverá apresentar:
 - a) ficha de inscrição devidamente preenchida, disponível no site www.caaape.org.br;
 - b) cópia da carteira profissional da OAB ou Certificado emitida pela OAB-PE;
 - c) cópia de comprovante de residência;
 - d) 01 Foto 3x4 colorida;
 - e) comprovante de que foi beneficiado pelo PROJUN ou FES, caso utilize vagas específicas;
 - f) certidão de casamento;
 - g) Histórico acadêmico de Graduação ou Bacharelado em Direito, com uma cópia geral do candidato.

3. DAS VAGAS

- 3.1 As vagas serão divididas entre duas categorias:
- 3.2 Cada candidato só poderá inscrever-se em uma categoria;
- 3.3 As vagas em ambas as categorias serão disponibilizadas para a outra categoria, a critério da Comissão de Seleção;
- 3.4 O tempo das vagas será destinado aos Juizes Advogados que foram beneficiados durante a inscrição em Direito por programa de ensino creditivo eletivo federal (PROJUN ou FES);
- 3.5 Um tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.6 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.7 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.8 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.9 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.10 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.11 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.12 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.13 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.14 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.15 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.16 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.17 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.18 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.19 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;
- 3.20 O tempo das vagas será destinado aos Advogados Idosos;

4. DA SELEÇÃO

- 4.1 A seleção ocorrerá em 02 (duas) fases eliminatórias:
- 4.2 Primeira Fase: Análise do Currículo, dos documentos apresentados e do Histórico Acadêmico;
- 4.3 Segunda Fase: Prova objetiva, com 50 (sessenta) questões;
- 4.4 Em caso de empate serão utilizados os critérios na seguinte ordem:
- 4.5 Maior média geral da Graduação em Direito;
- 4.6 Maior idade.

5. CRONOGRAMA

DATAS	EVENTOS
16/04/2013	Publicação do Edital
22/04/2013 a 24/06/2013	Período de Inscrição
01/07/2013	Inscrições Encerradas
16/07/2013	Divulgação do Resultado da Primeira Fase
16/08/2013 a 23/07/2013	Provas
16/08/2013	Resultados das Provas
16/08/2013	Resultados das Provas
16/09/2013	Resultados das Provas
16/09/2013	Resultados das Provas
16/09/2013 a 30/09/2013	Resultados das Provas
16/10/2013	Resultados das Provas
16/10/2013	Resultados das Provas
16/11/2013	Resultados das Provas
16/11/2013	Resultados das Provas

6. CRITÉRIOS UTILIZADOS NA PRIMEIRA FASE

- 6.1 Verificação das informações fornecidas pelos candidatos;
- 6.2 Regularidade da documentação apresentada.

7. DA PROVA

Elaboração da Prova objetiva sob a responsabilidade da ESA/OAB-PE.

- 7.1 A prova será objetiva e consistirá de 50 (sessenta) questões de múltipla escolha;
- 7.2 As questões serão divididas da seguinte forma:

- 7.1 DIREITO PENAL - 20 QUESTÕES;
- 7.2 DIREITO CIVIL - 20 QUESTÕES;
- 7.3 DIREITO DO TRABALHO - 10 QUESTÕES;
- 7.4 Provas realizadas no local do Recife;
- 7.5 Cada questão valerá 0,2 (duas) pontos;
- 7.6 A prova terá duração de 03 (três) horas;
- 7.7 As provas serão realizadas na cidade do Recife;
- 7.8 São de responsabilidade exclusiva do examinando a identificação correta de seu local de realização das provas e o comparecimento no horário determinado;
- 7.9 O candidato deverá comparecer ao local designado para a realização da prova objetiva com antecedência mínima de uma hora do horário fixado para o seu início;
- 7.10 O candidato deverá estar munido somente de caneta esferográfica de tinta azul preta, fabricada em material transparente, e só será permitido o acesso ao local de prova munido de documento de identidade com foto em original para a realização da prova objetiva;
- 7.11 Não será permitido o uso de borracha ou qualquer espécie durante a realização das provas;
- 7.12 Não será admitido ingresso do candidato no local de realização das provas após o horário fixado para o seu início;
- 7.13 Não haverá horário de início das provas, o responsável pela unidade pela aplicação do Exame requisitará a presença de dois examinandos que, juntamente com dois representantes da Comissão de Seleção, presenciarão a abertura da embalagem de estatandos onde estarão acondicionados os instrumentos de avaliação (envolopes de segurança lacrados com os cadernos de provas, folhas de respostas, entre outros instrumentos); Sinais larvada são desfeitos, assinados pelos presentes, notoriamente que o material se encontra devidamente lacrado e com seu selo preservado;
- 7.14 O examinando que se retirar do ambiente das provas não poderá retornar em hipótese alguma;
- 7.15 Serão considerados candidatos de identidade: cartões expedidos pelos Comarcas Militares, pelas Secretarias de Segurança Pública, pelos Institutos de Identificação e pelo Corpo de Bombeiros Militares; cartões expedidos pelos órgãos fiscalizadores de exercício profissional (ordens, conselhos etc.); passaporte; certificado de reservista; cartões funcionais do Ministério Público; cartões funcionais expedidos por órgão público que, por lei federal, valham como identificação; carteira de trabalho; carteira nacional de habilitação (condiciona o modelo com foto);
- 7.16 Será eliminado da seleção o candidato que, durante a realização das provas, for surpreendido portando aparelhos eletrônicos, tais como: bipe, telefone celular, walkman, agenda eletrônica, notebook, palmtop, receptor, gravador, telefone celular, máquina fotográfica, protetor auricular, controle do alarme de carro etc., bem como relógio de qualquer espécie, óculos escuros ou qualquer acessório de chapéaria, tais como chapéu, boné, gorro etc., e ainda, lapiseira, lapiseira, borracha ou corativo de qualquer espécie;
- 7.17 O candidato deverá permanecer no local de prova por, no mínimo, 1h (uma hora) e, no máximo, 1h (uma hora) antes do término da prova;
- 7.18 Se algum candidato insistir em sair do local de prova antes do tempo mínimo, deverá assinar termo de desistência da seleção pública;
- 7.19 O candidato não poderá entrar no local da realização da prova portando arma de fogo, drogas ou bebidas alcoólicas.

8. DA COMISSÃO DE SELEÇÃO

- 8.1 A Comissão será composta pelas seguintes Profissionais:
- 8.2 O Presidente será escolhido entre os membros da Comissão de Seleção.

9. DA PERDA DA BOLSAS DE ESTUDOS

Perderá automaticamente a bolsa de estudos o aluno que:

- 9.1 - Faltar sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.2 - Não comparecer à aula em caso de doença infectocontagiosa de aluno, morte na família, problemas de saúde do aluno que impossibilitem a locomoção, casamento do Aluno, nascimento de filho do aluno e realização de concurso e exames de vestibular no dia da aula;
- 9.3 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.4 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.5 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.6 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.7 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.8 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.9 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.10 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.11 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.12 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.13 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.14 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.15 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.16 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.17 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.18 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.19 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.20 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.21 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.22 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.23 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.24 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.25 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.26 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.27 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.28 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.29 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.30 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.31 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.32 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.33 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.34 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.35 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.36 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.37 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.38 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.39 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.40 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.41 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.42 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.43 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.44 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.45 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.46 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.47 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.48 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.49 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.50 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.51 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.52 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.53 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.54 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.55 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.56 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.57 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.58 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.59 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.60 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.61 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.62 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.63 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.64 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.65 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.66 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.67 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.68 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.69 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.70 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.71 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.72 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.73 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.74 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.75 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.76 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.77 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.78 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.79 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.80 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.81 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.82 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.83 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.84 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.85 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.86 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.87 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.88 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.89 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.90 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.91 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.92 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.93 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.94 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.95 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.96 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.97 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.98 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.99 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;
- 9.100 - Não comparecer ao curso sem justificativa com frequência superior a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária da disciplina;

10. DO ATENDIMENTO ESPECIAL

- 10.1 O candidato portador de deficiência que necessitar de prova especial ou a candidato que necessitar de atendimento especial para a realização da prova deverá indicar, no formulário de inscrição, os recursos especiais necessários para a segunda fase da seleção;
- 10.2 Deverá o candidato descrever no formulário apresentado: laudo médico original ou cópia autenticada em cartório que justifique o atendimento especial solicitado;
- 10.3 Em caso de amamentação não haverá compensação de tempo em favor da candidata.

11. DISPOSIÇÕES GERAIS

- 11.1 Os casos omissos serão resolvidos pela Comissão de Seleção;
- 11.2 O candidato que violar qualquer regra contida neste edital será excluído da seleção pública.

12. CONTEÚDO PROGRAMÁTICO

DIREITO CIVIL: 1- Direito civil e Constituição. 2- Pessoa natural e Direitos da personalidade. 3- Pessoa jurídica. 4- Fatos. Atos e Negócios Jurídicos: formação, validade, eficácia e elementos. 5- Prescrição e Decadência. 6- Teoria Geral das Obrigações. 7- Atos Unilaterais. 8- Teoria do Contrato. 9- Contratos em espécie. 10- Teoria da Responsabilidade civil. 11- Modalidades de Responsabilidade civil e reparação. 12- Prova. 13- Direitos Reais. 14- Casamento. União Estável. Monogamia. 15- Oração de Casamento e da União Estável. 16- Parentesco. 17- Poder familiar. 18- Regimes de bens. 19- Regimes de bens. 20- Regimes de bens. 21- Sucessão testamentária e disposição de última vontade. 22- Lei dos Casos Especiais.

DIREITO DO TRABALHO: 1- Direito do Trabalho: conceito, características, divisão, natureza, funções, autonomia. 2- Fundamentos e história do Direito do Trabalho. Tendências atuais do Direito do Trabalho. Flexibilização. Desregulamentação. 3- Fontes formais do Direito do Trabalho. Conceito, classificação e hierarquia. 4- Conceitos e seus sujeitos. 4-1- Hermenêutica: interpretação, integração e aplicação do Direito do Trabalho. Métodos básicos de exegese: o papel da equidade. Eficácia das normas trabalhistas no tempo e no espaço. Revogação. Inconstitucionalidade. Direito adquirido. 5- Princípios do Direito do Trabalho. Princípios constitucionais do Direito do Trabalho. Princípios constitucionais do Direito do Trabalho. Distinção entre princípio e norma. 6- Rerunção e transição no Direito do Trabalho. Comissões de Conciliação Prévia. 7- Rescisão de trabalho e relação de emprego. Estrutura da relação empregatícia: elementos componentes: natureza jurídica. 8- Atividades de trabalho lato sensu: trabalho autônomo, eventual, temporário, avulso. 9- Trabalho. Lei nº 8.080/95. Entreg. Cooperativas de mão-de-obra. 10- Contrato de trabalho por equivo. 11- Empregado: conceito, caracterização. 12- Empregador: conceito, caracterização. 13- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 14- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 15- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 16- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 17- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 18- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 19- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 20- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 21- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 22- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 23- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 24- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 25- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 26- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 27- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 28- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 29- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 30- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 31- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 32- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 33- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 34- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 35- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 36- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 37- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 38- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 39- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 40- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 41- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 42- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 43- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 44- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 45- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 46- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 47- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 48- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 49- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 50- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 51- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 52- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 53- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 54- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 55- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 56- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 57- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 58- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 59- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 60- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 61- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 62- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 63- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 64- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 65- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 66- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 67- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 68- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 69- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 70- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 71- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 72- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 73- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 74- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 75- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 76- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 77- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 78- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 79- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 80- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 81- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 82- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 83- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 84- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 85- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 86- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 87- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 88- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 89- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 90- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 91- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 92- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 93- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 94- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 95- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 96- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 97- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 98- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 99- Contrato de trabalho: conceito, caracterização. 100- Contrato de trabalho: conceito, caracterização.

DIREITO PENAL:

1- História do Direito Penal. 2- Criminalidade. 3- Política Criminal. 4- Princípios penais e constitucionais. 5- Aplicação da Lei Penal. 5.1- Lei Penal no Tempo. 5.2- Lei Penal no Espaço. 6- Teoria Geral do Delito. 6.1- Conduta. 6.2- Relação de Causalidade. 6.2.1- Teoria da Imputação objetiva. 6.3- Tipo penal doloso. 6.4- Tipo penal culposos. 6.5- Tipicidade. 6.6- Antijuridicidade. 6.7- Culpabilidade. 6.8- Consumação e tentativa. 6.9- Resposta Penal. 7- Fatores de exclusão da responsabilidade penal. 8- Imputação penal. 8.1- Imputação penal. 8.2- Imputação penal. 8.3- Imputação penal. 8.4- Imputação penal. 8.5- Imputação penal. 8.6- Imputação penal. 8.7- Imputação penal. 8.8- Imputação penal. 8.9- Imputação penal. 8.10- Imputação penal. 8.11- Imputação penal. 8.12- Imputação penal. 8.13- Imputação penal. 8.14- Imputação penal. 8.15- Imputação penal. 8.16- Imputação penal. 8.17- Imputação penal. 8.18- Imputação penal. 8.19- Imputação penal. 8.20- Imputação penal. 8.21- Imputação penal. 8.22- Imputação penal. 8.23- Imputação penal. 8.24- Imputação penal. 8.25- Imputação penal. 8.26- Imputação penal. 8.27- Imputação penal. 8.28- Imputação penal. 8.29- Imputação penal. 8.30- Imputação penal. 8.31- Imputação penal. 8.32- Imputação penal. 8.33- Imputação penal. 8.34- Imputação penal. 8.35- Imputação penal. 8.36- Imputação penal. 8.37- Imputação penal. 8.38- Imputação penal. 8.39- Imputação penal. 8.40- Imputação penal. 8.41- Imputação penal. 8.42- Imputação penal. 8.43- Imputação penal. 8.44- Imputação penal. 8.45- Imputação penal. 8.46- Imputação penal. 8.47- Imputação penal. 8.48- Imputação penal. 8.49- Imputação penal. 8.50- Imputação penal. 8.51- Imputação penal. 8.52- Imputação penal. 8.53- Imputação penal. 8.54- Imputação penal. 8.55- Imputação penal. 8.56- Imputação penal. 8.57- Imputação penal. 8.58- Imputação penal. 8.59- Imputação penal. 8.60- Imputação penal. 8.61- Imputação penal. 8.62- Imputação penal. 8.63- Imputação penal. 8.64- Imputação penal. 8.65- Imputação penal. 8.66- Imputação penal. 8.67- Imputação penal. 8.68- Imputação penal. 8.69- Imputação penal. 8.70- Imputação penal. 8.71- Imputação penal. 8.72- Imputação penal. 8.73- Imputação penal. 8.74- Imputação penal. 8.75- Imputação penal. 8.76- Imputação penal. 8.77- Imputação penal. 8.78- Imputação penal. 8.79- Imputação penal. 8.80- Imputação penal. 8.81- Imputação penal. 8.82- Imputação penal. 8.83- Imputação penal. 8.84- Imputação penal. 8.85- Imputação penal. 8.86- Imputação penal. 8.87- Imputação penal. 8.88- Imputação penal. 8.89- Imputação penal. 8.90- Imputação penal. 8.91- Imputação penal. 8.92- Imputação penal. 8.93- Imputação penal. 8.94- Imputação penal. 8.95- Imputação penal. 8.96- Imputação penal. 8.97- Imputação penal. 8.98- Imputação penal. 8.99- Imputação penal. 9.00- Imputação penal.

Recife, 16 de abril de 2013.

RONNIE DUARTE
Presidente da CAAPE

EXPEDIENTE

Diretoria da OAB-PE

Presidente

Pedro Henrique Braga Reynaldo Alves

Vice-Presidente

Adriana Rocha de Holanda Coutinho

Secretário-Geral

Silvio Pessoa de Carvalho Júnior

Secretário-Geral Adjunto

Fernando Jardim Ribeiro Lins

Tesoureiro

Bruno de Albuquerque Baptista

Diretoria da ESA-PE

Diretor Geral

Gustavo Ramiro Costa Neto

Diretor Secretário

Venceslau Tavares Costa Filho

Diretor Tesoureiro

Carlos Eduardo Ramos Barros

Diretor Cultural

Renato Hayashi Correia de Oliveira

Diretor de Comunicação

Isaac de Luna Ribeiro

Conselho Editorial

Presidente

Gustavo Ramiro Costa Neto

Membros

Carlos Eduardo Ramos Barros

Venceslau Tavares Costa Filho

Renato Hayashi Correia de Oliveira

Isaac de Luna Ribeiro

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

André Regis de Carvalho

Leonardo José Carneiro da Cunha

Projeto gráfico e realização

Executiva Press

www.executivapress.com.br

Fones: (81) 3221.5926 / 3421.7673

ISSN: 2177-3416

A revista Advocatus Pernambuco é uma publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes, da OAB-PE.

O conteúdo e a revisão ortográfica dos artigos e modelos publicados na Revista Advocatus são de responsabilidades dos respectivos autores.

A revista Advocatus Pernambuco não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou parcialmente, de seus conteúdos só é permitida desde que citada a fonte.

Artigos para a Revista Advocatus podem ser enviados para o email culturaesa@smartsat.com.br



APRESENTAÇÃO

Gustavo Ramiro, diretor geral da ESA-OAB/PEE 09

ENTREVISTA

Pedro Henrique Reynaldo Alves, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Pernambuco (OAB-PE) 11

ARTIGOS

Verdade formal e mentira real? O protagonismo judicial dos tribunais na produção probatória no direito processual eleitoral 15
Ronnie Preuss Duarte

Análise retórica dos direitos sociais constitucionais na retórica material da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: normas auto-aplicáveis, imediatamente exigíveis e geradoras de direitos subjetivos. 20
Luiz Henrique Dinis Araújo

Análise crítica do discurso a partir do estudo das escolhas lexicais de uma decisão judicial 30
Fábio Menezes de Sá Filho e Rubervan Dantas da Rocha

A disposição do próprio corpo frente aos bens jurídicos integridade física e saúde 40
Angela Simões de Farias, Camila Andrade dos Santos e Elizabeth Cristina Cruz Brito Ferreira

Análise de instrumentos eficazes no combate à morosidade processual no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis no Estado de Pernambuco 46
José Mário Delaiti de Melo

Prescrição de título executivo: um grave erro terminológico 54
Iure Pedroza Menezes

A extinção da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação no novo CPC 57
Andreza Isolda Cavalcante Cardoso

Mano de obra rural en las plantaciones de caña de azúcar de Pernambuco, en la década de 1990 y el derecho al trabajo decente de los niños y adolescentes en Brasil y Argentina 66
Inácio José Feitosa Neto

Concessões e autorizações de serviços públicos 77
Breno Lopes Miranda de Almeida

O novo paradigma processual penal: a necessidade da imposição dos princípios pelo ativismo judicial 83
Érico Bruno Galvão de Freitas

Notas sobre o contrato de franquia na legislação brasileira 90
Bruno Caraciolo Ferreira Albuquerque

MODELOS

Modelo de contrato particular de promessa de permuta de imóvel por área construída 103

DISCURSOS

Discurso de despedida do desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Ricardo Paes Barreto, na presidência do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco (TRE-PE) 107



CARO(A) COLEGA,

A Revista Advocatus chega à marca histórica de dez edições. Desde o primeiro exemplar, são quase duzentas mil revistas distribuídas gratuitamente aos advogados pernambucanos. O projeto teve início na revolucionária gestão do colega Ronnie Preuss Duarte. Agora, temos o gratificante e desafiador papel de consolidá-lo e fazê-lo ainda mais amplo e vitorioso.

A décima edição da nossa publicação traz novidades. Adotamos um novo padrão visual e agora teremos uma periodicidade quadrimestral mais bem definida. Neste exemplar, em especial, contamos com um entrevista do nosso presidente, Pedro Henrique Reynaldo Alves, que faz um balanço do início de sua gestão, comentando sobre temas de interesse da classe. O elevado nível dos artigos publicados e a relevância das demais peças continuarão os mesmos, tudo sempre criteriosamente selecionado pelo Conselho Editorial.

Teremos, ao longo da gestão, o firme propósito de ampliar os serviços prestados aos advogados. Buscaremos democratizar o conhecimento jurídico, possibilitando à toda classe acesso aos meios e ferramentas de aprimoramento profissional.

Com tal propósito, a ESA-OAB/PE entrará, irreversivelmente, na era digital. Nosso site será mais interativo e ofertará mais serviços. Como exemplo, já disponibilizamos as dez edições da Revista Advocatus em versão digital. Além disso, será facilitado o acesso aos cursos, palestras e ao nosso exitoso programa de pós-graduação. Num futuro breve, também teremos cursos e aulas on line, que poderão ser assistidos pelos advogados e estudantes do conforto de sua casa ou escritório, no horário que melhor lhes convier.

Reforçamos, assim, nosso compromisso de desenvolver novos projetos e fortalecer os que já estão em curso. Oportunizar a capacitação e melhor preparo técnico à classe é nossa contribuição para dignificar, ainda mais, a valorosa profissão de advogado.

Recife – abril de 2013

Gustavo Ramiro

Diretor Geral da ESA-OAB/PE

Modernização da OAB-PE é foco da nova gestão

Pedro Henrique Reynaldo Alves

Presidente eleito da OAB-PE para o mandato 2013-2015, Pedro Henrique Braga Reynaldo Alves é advogado formado pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), possuindo especialização em direito tributário e LLM em direito corporativo. Também já atuou como procurador do Estado e como procurador Chefe do apoio Jurídico-Legislativo ao Governador.



Em entrevista para a Revista Advocatus, o presidente da OAB-PE destaca os pontos que serão prioridade durante os três anos que passará à frente da instituição. Nova sede, processo eletrônico e até assuntos polêmicos como o exame ao qual são submetidos os advogados recém formados e propaganda de escritórios de advocacia foram abordados por Pedro Henrique Braga Reynaldo Alves.

O presidente eleito assume com o foco voltado para os projetos que integraram a Carta-Programa, ainda na época da campanha. “Já estamos trabalhando intensamente, por exemplo, na modernização da gestão, com a informatização da OAB e implantação do processo eletrônico”, destaca Pedro Reynaldo Alves.

Para expandir ainda mais sua atuação e trazer conforto para seus associados, uma nova sede é necessidade primordial, segundo o presidente. “A concepção do projeto já foi aprovada, contará com três pavimentos, de aproximadamente 2.800 m² de área cada um.”, descreve o gestor da OAB-PE, referindo-se ao prédio que integrará o Pólo Jurídico de Pernambuco, localizado na Ilha Joana Bezerra, próximo ao Fórum do Recife.

Além dos projetos, Pedro Henrique Braga Reynaldo Alves não se furta de dar opiniões firmes sobre temas polêmicos que cercam a categoria. “Há uma situação de grande insegurança jurídica em nossa classe a respeito das limitações da publicidade da advocacia. Já em relação ao Exame de Ordem, creio esse debate já está ultrapassado, após a decisão unânime do STF que reconheceu a constitucionalidade”, destaca. Confira a entrevista completa.

1. O Sr. comandará a OAB em Pernambuco no triênio 2013-2015. Quais são seus projetos para a entidade?

Nossos projetos iniciais para a OAB-PE nesse próximo triênio não poderiam ser outros senão o cumprimento de todos os itens de nossa Carta-Programa, que foi submetida à classe dos advogados por ocasião de nossa eleição. Já estamos trabalhando intensamente, por exemplo, na modernização da gestão, com a informatização da OAB e implantação do processo eletrônico. Triplicamos, através de proposta acolhida pelo Conselho, o número de julgadores do Tribunal de Ética e Disciplina, para podermos atender de forma mais ágil às demandas e julgar de forma célere os processos, evitando as prescrições das penas disciplinares. Estaremos implantando no mês de maio, o serviço gratuito de informações jurídicas relevantes, com atualização da jurisprudência, legislação e doutrina, através de email, para todos os advogados. Também estamos trabalhando, junto ao TJPE, para a imediata implementação do Protocolo Integrado, para que os advogados do interior não precisem mais se deslocar ao Recife para protocolizar petições e recursos no Tribunal. Através da ESA, dirigida por Gustavo Ramiro, seguimos dando sequência ao trabalho de qualificação profissional de nossa classe, por meio de palestras, seminários e cursos de pós-graduação, na capital e no interior do Estado, e, em breve, por intermédio da CAAPE, presidida por Ronnie Duarte, estaremos disponibilizando aos advogados uma série de benefícios na área de saúde, lazer, linhas de crédito e compras coletivas.

2. Como estão os preparativos para a construção da nova sede da OAB-PE, no Polo Jurídico do Recife, na Ilha Joana Bezerra?

Essa é uma de nossas principais metas de gestão, pois a nova sede é uma necessidade premente da OAB-PE e vem sendo almejada há vários anos. A concepção do projeto já foi aprovada, contará com 3 pavimentos, de aproximadamente 2.800 m² de área cada um, contando com auditório para 500 lugares e 250 vagas de garagem, sendo que a fundação será realizada para suportar até 6 pavimentos, para futura expansão. Estamos na fase de detalhamento do projeto arquitetônico e orçamentação, e esperamos que ainda neste semestre iniciemos as obras.

3. Como a OAB pretende se posicionar em relação às prerrogativas dos advogados?

A defesa das prerrogativas profissionais dos advogados é uma das mais importantes missões da OAB. Entendemos tais prerrogativas como instrumentos garantidores da cidadania, pois visam proteger na verdade o cidadão-jurisdicionado, através de direitos conferidos ao advogado para melhor poder defendê-los. A Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas (CDAP) de nossa instituição é uma das mais importantes e atuantes da OAB-PE. Presidida competentemente pelo Dr. Maurício Bezerra e contando com a colaboração de outros valorosos quadros de nossa advocacia, a CDAP vem tendo uma atenção toda especial. Disponibilizamos um veículo oficial para que os plantonistas da Comissão possam atender, de forma mais ágil e eficiente, as situações de

emergência e de flagrante e estaremos instituindo neste segundo trimestre o quadro de Defensores das Prerrogativas, para dar maior capilaridade à atuação da CDAP em todo o território estadual.

Entendemos, contudo, que para o melhor enfrentamento dessa questão, precisamos agir de forma mais orgânica e preventiva. Para tanto, instituímos a Comissão de Relações Institucionais, presidida pelo conselheiro Frederico Guilherme Lima, para apoiar a Diretoria no relacionamento do dia a dia com as autoridades constituídas, sempre que observados focos de crise ou potencial de conflito entre juízes, promotores ou policiais com os colegas advogados, tentando prevenir incidentes. Contudo, em caso de arbitrariedade grave ou contumaz em desfavor de nossas prerrogativas profissionais, nossa política é de “tolerância zero”, implicando a reação de nossa instituição na representação perante a Corregedoria própria, ou CNJ, a depender do caso, sem prejuízo de proposição de notícia crime, quando configurado o delito de abuso de autoridade. Aliás, continuamos a acompanhar e lutar pela aprovação no Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 83/08, que agrava o crime de abuso de autoridade quando cometido em detrimento de prerrogativas profissionais, e confere ao órgão de classe a competência subsidiária para propor a ação penal.

Acrescentaria ainda que nosso Conselho, acolhendo proposta da Diretoria, instituiu o “desagravo liminar”, a ser ministrado “ad referendum” do Conselho em situações excepcionais e de maior repercussão, para que a OAB-PE possa dar uma resposta mais ágil

aos casos de grave violação às prerrogativas dos advogados.

4. Os planos são de reativação do Escritório Modelo?

Sim. Estamos reformulando a estrutura física e organizacional do Escritório Modelo, através da modernização desse conceito, em parceria com a iniciativa privada. Verificamos que ao longo do tempo o Escritório Modelo foi sendo desvirtuado, afastando-se de seu propósito originário, para se tornar numa grande “sala de advogados” dentro da própria OAB-PE, que foi “apropriada” por alguns poucos profissionais, em detrimento dos jovens advogados. De acordo com nossa proposta, o novo Escritório Modelo irá oportunizar aos novos advogados uma estrutura digna para ajudá-lo na inserção em nosso competitivo mercado de trabalho, a um custo subsidiado, em regime de compartilhamento de estrutura (time-sharing). Esse mesmo modelo também será subsidiado para os advogados idosos, enquanto que os demais colegas de profissão que queiram usufruir da estrutura, poderão fazê-lo remunerando o preço de custo.

5. Hoje existe uma grande limitação na publicidade e propaganda dos escritórios de advocacia. Como o Sr. avalia isso?

Há uma situação de grande insegurança jurídica em nossa classe a respeito das limitações da publicidade da advocacia. O Provimento nº 94/2000 do Conselho Federal da OAB não é suficientemente claro e minucioso para disciplinar a matéria, o que acaba por criar distorções, onde: de um lado alguns profissionais que

precisam divulgar seus serviços se vêem tolhidos, temendo uma sanção disciplinar da OAB, e outros cometem excessos. Visando corrigir isso, propusemos ao Conselho uma proposta de provimento para disciplinar de forma mais eficaz a matéria, prevendo, inclusive, formas de atuação mais ágil e eficiente da OAB para conter e punir os excessos. A matéria está sob a Relatoria do Conselheiro Antônio Braz, e deverá, ainda, ser instruída com a realização de audiência pública a todos os advogados interessados. Nosso propósito é conferir segurança jurídica, de forma que, uma vez aprovado o texto final – onde estará incorporada toda contribuição da classe e do Conselho – publiquemos amplamente na classe, para passarmos a aplicar de forma plena nossa norma, combatendo e punindo os excessos que atentam contra a dignidade de nossa profissão e conferindo aos advogados segurança em suas ações e estratégias de marketing.

6. Existe, hoje, um debate no país em torno da possibilidade de o Exame de Ordem deixar de existir. Como o Sr. avalia essa proposta?

Este debate eu creio que já está ultrapassado, notadamente após a decisão unânime do STF que reconheceu a constitucionalidade do Exame de Ordem. Creio que o debate mais fecundo que hoje existe é justamente sobre a exigência de exame semelhante em outras profissões, como para a classe médica por exemplo. Já existe inclusive Projeto de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados criando este exame de aptidão para os médicos. Não estou com isso afirmando que esteja tudo perfeito no sistema da OAB,

pois é preciso reconhecer que às vezes a “calibragem” do Exame é exagerada em seu rigor, e a reprovação é muito elevada. Acontece que tudo isso é fruto de uma política deliberada e irresponsável do Governo Federal de fazer proliferar cursos de Direito em todo o país, sem maiores critérios nem compromisso com a qualidade de ensino, apenas para se fazer um “país de bacharéis”, e, com isso, alcançar índices e indicativos internacionais de primeiro mundo. Mais grave que falsear quanto ao real nível de educação de nosso povo é permitir o verdadeiro “estelionato educacional” que se instaurou no Brasil, no qual faculdades “caça-níqueis” prometem o que não podem entregar para nossas famílias, e formam verdadeiros “analfabetos funcionais”, ressalvadas as exceções dos autômatas. Portanto, não acredito em retrocesso quanto ao Exame de Ordem, que é o único meio eficiente de proteger a sociedade contra o ingresso de profissionais tecnicamente desqualificados nos quadros da OAB.

7. O que o Sr. acha da obrigatoriedade da utilização do processo judicial eletrônico no âmbito dos tribunais brasileiros?

Temos como certo que a tecnologia da informação é uma grande aliada nessa luta por uma justiça mais célere e econômica, e que o processo eletrônico é um caminho sem volta, mas não podemos permitir a implantação abrupta do processo eletrônico, como via exclusiva de acesso à jurisdição, sem observância de uma razoável transição. Por mais nobres que sejam os propósitos dessa precipitação por parte dos dirigentes do Poder Judiciário, a OAB não pode se furtar a proteger o acesso

à justiça, pela população mais carente, e o acesso ao livre exercício da profissão, pelos advogados não familiarizados com o mundo digital, notadamente em um Estado onde a maior parte de sua extensão territorial carece sequer de um serviço de banda larga segura, capaz de suportar de forma célere e ininterrupta o acesso ao Judiciário pela via eletrônica. Nesse sentido foi que propusemos perante o Conselho Nacional de Justiça, de forma pioneira em todo país, um Pedido de Providências, que está servindo de paradigma para pautar as discussões acerca das impropriedades, falhas de sistema e mesmo a inconstitucionalidade de vários aspectos do chamado PJe em nossos Tribunais.

8. Como o Sr. acredita que o jovem que acaba de sair da universidade possa ser estimulado a exercer a profissão de advogado?

Sou um entusiasta da advocacia, seja pela beleza dessa nobilíssima profissão, que é transformadora da realidade social, como também em razão do grande número de possibilidades que ela propicia para a realização profissional do advogado. Quando ingressei nos quadros da OAB-PE, há 20 anos, o cenário econômico era desalentador, inflação galopante, estagnação da economia, e ainda assim o mercado da advocacia já

era aquecido, embora houvesse uma cultura de estímulo às carreiras públicas, como única forma de garantir estabilidade. Hoje em dia, com a mudança desse cenário, onde o desenvolvimento econômico traz um leque ainda maior de oportunidades no mercado privado, os desafios da advocacia continuam enormes e desafiadores, mas nossa profissão é sem dúvida bastante promissora para aqueles que nela se dedicam, com ética e qualificação técnica. A advocacia autônoma, as sociedades de advogados, as carreiras corporativas de advogados internos nas empresas, são alguns dos principais leques de oportunidades para que os bacharéis tenham em mente ao sair da Universidade.

9. Que papel o Sr. entende que a Escola Superior de Advocacia de Pernambuco Professor Ruy Antunes (ESA-PE) pode exercer na formação suplementar do advogado pernambucano?

A ESA tem um papel primordial no aperfeiçoamento profissional dos advogados e na capacitação dos profissionais do Direito em todo o Estado. É, sem dúvida, uma referência no aprimoramento técnico e profissional dos advogados pernambucanos. Contribuir para o aprimoramento técnico dos advogados, é sem

dúvida um relevantíssimo serviço público que a ESA vem prestando com eficiência elogiável, assegurando à sociedade pernambucana profissionais mais qualificados. Os diversos cursos de pós-graduação, realizados a baixo custo, na capital e cidades do interior, assim como os seminários, mini-cursos e palestras, realizados pela ESA coloca a OAB de Pernambuco na vanguarda de nossa instituição e serve de modelo em todo país, como uma OAB também voltada para a prestação de serviços aos advogados.

10. Esta é a décima edição da Revista Advocatus. Como o Sr. avalia este projeto?

A Revista Advocatus é um orgulho da OAB de Pernambuco. Concebida pelo ex-presidente da ESA, Ronnie Duarte, que empreendeu uma verdadeira revolução nessa nossa escola, a Advocatus logo alçou o posto de segundo maior periódico jurídico de nosso país, com destaque para a qualidade de seu conteúdo editorial. Nesta décima edição, tendo à frente nosso amigo Gustavo Ramiro, que tem uma história de dedicação à ESA, já não podemos enxergar nossa instituição sem a Advocatus, que se presta igualmente como um veículo de disseminação da cultura jurídica pernambucana e dos valores de nossa advocacia.

VERDADE FORMAL E MENTIRA REAL? O PROTAGONISMO JUDICIAL DOS TRIBUNAIS NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL

Ronnie Preuss Duarte

Advogado, mestre em ciências jurídicas pela Universidade de Lisboa, Pós-graduado em Direito Processual Civil pela UFPE, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e desembargador eleitoral substituto do TRE/PE.

1. IMPOSTAÇÃO DO PROBLEMA

Nas demandas que tramitam na Justiça Eleitoral destinadas à aplicação de sanções por abuso do poder político ou econômico, e sobretudo em demandas que tiveram curso em comarcas mais distantes das capitais, a prolação de sentenças que são fruto de um conhecimento privado do juiz.

Mais próximo aos acontecimentos, o juiz interiorano tem um percepção oficiosa dos fatos controvertidos, seja por ciência direta, seja por intermédio de depoimentos oficiosos, de difícil reprodução nos fólios processuais.

De outra banda e no mesmo âmbito, não se pode descurar da possibilidade da ocorrência de ingerências políticas no processo judicial eleitoral, dados a relevância dos interesses em jogo. Não deve o magistrado descartar a possibilidade eventuais manipulações do acervo probatório por adversários, sejam mediante a falsificação de documentos, seja mediante o aliciamento de testemunhas que levem a uma impressão inexata em relação aos fatos controvertidos.

Bem por isso, é assaz recorrente que, ao chegar à instância recursal, o material probatório coligido suscite dúvidas ou perplexidades no julgador, registrando-se uma deficiência instrutória que dificulta a formação de juízo de valor sobre a conduta imputada nos autos.

Em casos tais, é freqüente a prolação de sentenças rejeitando a afirmação da conduta abusiva, dada a insuficiência de provas. Contudo, se de um lado é indubitosa a impossibilidade de se aplicar sanção à míngua de uma convicção forjada à luz do conjunto probatório constante dos autos, mostra-se extremamente nociva a ausência de aplicação de sanção à conduta de agentes que maculam a paridade de armas esperada na disputa eleitoral.

Se de um lado não é lícito admitir, sequer remotamente, a possibilidade de um inocente ser apenado, de outro é dever do Poder Judiciário reprimir condutas que impliquem favorecimento indevido a um determinado candidato. Para além do incentivo à reiteração de práticas nocivas por parte dos contendores na disputa eleitoral, a ausência de uma punição pode permitir que a representação popular venha a ser efetivamente maculada, pela inclusão na disputa de beneficiários de condutas abusivas que deixaram de ser alijados da disputa, por vícios processuais. É a própria democracia que resta ameaçada.

O presente trabalho pretende, assim, verificar as possibilidades, à luz do direito posto, da possibilidade de uma iniciativa probatória dos tribunais, notadamente no âmbito de ações de investigações judiciais eleitorais e na de impugnações de mandatos eletivos, sempre que o acervo probatório produzido seja insuficiente à formação de um juízo de valor sobre a conduta imputada ao réu.

2. O papel do juiz contemporâneo na perquirição dos fatos controvertidos

É por demais conhecida a distinção doutrinária entre a verdade real (ou material), assim entendidos os fatos

efetivamente acontecidos e sobre os quais se debate o processo e a verdade formal, ou seja, aquela “verdade” aparente, extraída à luz das provas produzidas nos autos.

Apesar das críticas (acertadas), no que concerne à equivocidade da referência a uma verdade “formal” em contraposição à verdade, uma coisa é certa, como bem registra TARUFFO: há uma “verdade possível”.¹ O termo “verdade”, aí, deve ser entendido como figura retórica, já que é impossível, independentemente da extensão e profundidade do acervo probatório, asseverar que ele refletirá os acontecimentos históricos.

Como explica MARINONI, ao defender a possibilidade de produção de ofício pelo magistrado, “o objetivo da produção da prova de ofício é o de possibilitar ao juiz, quando as provas produzidas pelas partes lhe parecem insuficientes, a elucidação dos fatos imprescindíveis para a formação da sua convicção sobre o mérito.”²

Se efetivamente não é possível a certeza de que as provas refletem a “verdade”, parece indubitável que o avançar de um degrau no perquirição dos fatos, no ampliar da obtenção de provas, permite ao juiz a formação de uma convicção melhor amparada, evitando um ato decisório calcado em critérios de distribuição do ônus da prova que. Semelhante conduta de se rejeitar um aprofundamento cognitivo, quando isso é possível, em última análise, finda por potencializar a possibilidade da prolação de uma decisão injusta, que se divorcia da realidade fática subjacente aos autos e que deixou de neles se materializar pela simples inércia das partes e do Judiciário.

STEIN lembra que “o veredicto do juiz é, indefectivelmente, uma conclusão que se obtém a partir de uma premissa menor, consistente sempre em um juízo fático.” Ora, esse juízo fático, para ser alcançado, depende de provas.³ E a incompletude das provas, pode-se dizer, terá sempre o condão de anuviar esse juízo, comprometendo a própria aptidão do processo para alcançar resultados justos.

Com efeito, até o século 20, os processualistas despejavam rios de tinta debruçando-se sobre problemas relacionados à distribuição do ônus da prova, dado ser impensável, na altura, que o juiz tivesse um maior protagonismo no processo, notadamente no que se prende com a produção de provas. A lógica do princípio dispositivo era a única reconhecida.

ROSEMBERG, por exemplo, registra que o Tribunal do Reich havia equiparado, em reiteradas oportunidades, a circunstância de um fato ter sido tido pelo juiz como “não provado” com aquela que resultava da convicção da inexistência de um acontecimento juridicamente relevante.⁴

O “não existir” e o “não provar” sofriam idêntica conseqüência: o juiz era um espectador da iniciativa das partes. A boca da lei que remanesca silenciosa até o momento da prolação do veredicto sentencial. CARNELUTTI, reforçando a prova como algo pertencente às partes, referia a um “direito da parte sobre o material instrutório”.⁵

E esse monopólio das partes sobre as provas produzidas era ainda mais patente a depender da natureza do interesse em causa. Em análise histórica da posição doutrinal vigente, é curioso notar a posição defendida pelos autores clássicos que aludiam expressamente à necessidade de uma distinção do papel do juiz conforme a natureza do interesse subjacente ao litígio. É o caso de BONNIER, que no final do século 19 reafirmava uma necessidade de um maior distanciamento do magistrado no Processo Penal, admitindo-a excepcionalmente em questões que interessem “à ordem geral da sociedade, como validade dos casamentos”, quando a investigação probatória de ofício, pelo magistrado, poderia ter lugar.⁶

É por demais sabida a transição vivenciada no Direito Processual em relação à natureza do processo civil. A concepção do processo como um assunto restrito às partes e, portanto, com cariz essencialmente privada,

1 TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milão : Giuffrè, 1992, p. 35 O autor tece, antes, um apanhado crítico sobre a verdade “formal” e a verdade “material”, em crítica que é comum a incontáveis autores.

2 MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHARDT, Sérgio. Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009, p. 83

3 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madri: ECERA, s/d, p. 13

4 ROSEMBERG, Leo. *Die Bewelast*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Europa América, 1956, pp. 11-12

5 CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 46

6 BONNIER, Édouard. *Traité des Preuves*. Paris: Henri Plon, 1873, p. 107

passou a ser encarado como um instrumento de pacificação social e de realização de justiça, de interesse da sociedade e cujos objetivos transcendem, portanto, os interesses imediatos das partes.⁷

O processo civil transitava de uma preponderância do princípio dispositivo para um modelo misto, onde passou-se a reconhecer a possibilidade (e mesmo a necessidade) de um protagonismo por parte do estado-juiz.⁸

Ressaltam autores em tempos recentes, como PELEJA e PUOLI,⁹ a necessidade de uma postura mais ativa por parte do julgador, cujo fim último é a realização do direito material.

Especificamente no que se prende com a possibilidade do juiz determinar a produção de provas, isso vem sendo sentido de maneira marcante, aqui e alhures. É o caso, por exemplo, da Lei da Ação Popular Portuguesa (Lei 83/95), que veio a inaugurar naquele país a possibilidade expressa de iniciativa probatória por parte do julgador.¹⁰

Também na Itália, CAPELLETTI anota a tendência, desde meados do século passado, referindo expressamente à França, Áustria e aos países socialistas da Europa Oriental.¹¹

Em Portugal, autores advogam que, independentemente da iniciativa probatória propriamente dita, em caso de dúvida em relação a determinado fato, o próprio juiz distribua o ônus da prova fora de critérios objetivamente fixados, o que reforça o papel do juiz e a necessidade de ampliação do material probante produzido.¹²

Também o Projeto do Código de Processo Civil que tramita no Congresso Nacional permite expressamente a iniciativa probatória por iniciativa do relator, consoante se lê no art. 893, que em seu § 2º vem a prever expressamente que “reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator deverá, sem anular o processo, converter o julgamento em diligência para a instrução, que se realizará na instância inferior. Cumprida a determinação, o tribunal decidirá”.

Mesmo no Processo Penal brasileiro, há diversos dispositivos que destacam a possibilidade de iniciativa probatória *ex officio* por parte do julgador, como são exemplos os artigos 156 (que defere ao juiz a possibilidade de “determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”), 147, 209, 234, 407 e 538, todos do Código Penal Brasileiro. Também a doutrina, como é o caso de NUCCI, afirmam que “o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente.”¹³

7 “A visão tradicional do direito sustenta que no processo civil o juiz pode-se satisfazer com a verdade formal. Fundamenta-se no fato de que, em regra, a relação jurídico-material que informa a causa cível versa sobre direito disponível. Todavia, não se pode deixar de perseguir um direito ideal. Ainda que o processo não seja a realidade, deve assentar-se nela e estar ligado a ela de maneira indissolúvel. Fora disso deixaria de ser direito.” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999. p. 198) “É indispensável que se entenda: com a publicização, o processo não tem donos. A busca da verdade é uma tarefa tanto das partes como do Estado. E não há como negar: o princípio dispositivo é um obstáculo à busca da verdade real. Hoje o Poder Judiciário sofre de descrédito na opinião pública. Pode-se justificar o baixo conceito do órgão julgador por problemas formais (morosidade), mas não se pode esquecer que ainda domina em muitos juízes (e juristas) a idéia de processo como “coisa das partes” (Jardim, 1986, p. 169). Por isso, o processualista moderno está constantemente desafiado a pensar que o princípio dispositivo, abrandando o seu rigor formal, uma vez que “o processo deixou de ser considerado como instrumento de interesse preponderantemente das partes e passou a ser visto principalmente como meio de ação do estado, para atuar as leis que editou.” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999. p. 124).

8 Nesse sentido, trazendo uma perspectiva evolutiva, ver RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 44 e ss., com o autor defendendo um “princípio inquisitório moderado” e destacando a timidez das possibilidades de iniciativa probatória do juiz em Portugal

9 Tratando do princípio dispositivo, afirma PELEJA JUNIOR que “o princípio tem dupla destinação, dirigido tanto aos litigantes quanto ao próprio juiz que deve participar da preparação do julgamento, exercendo o contraditório. Trata-se de uma postura mais ativa do juiz principalmente na seara probatória. O juiz não tem faculdade processuais, mas sim deveres e é em razão disso que deve exercê-los via participação efetiva. Trata-se de uma das vertentes do ativismo judicial no sentido de contrapartida à inércia e à imparcialidade deturpada. O próprio código de Processo deixa clara a possibilidade da postura judicial ativa nos arts. 33 e 130, CPC, que permitem a produção de provas de ofício em clara relativização do princípio (regra) dispositivo.” (PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Manual de Processo Civil – Fase postulatória*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 62) “No que toca aos poderes do juiz, o primeiro passo na direção da modernidade vem materializado no reconhecimento de que ele é um agente estatal no desempenho de uma função pública cujos objetivos são bem mais amplos do que a mera satisfação das partes envolvidas no litígio. Fala-se da consciência de que, sob um prisma mais genérico, a atividade desempenhada pelo Juiz também tem em vista a necessidade de impor e fazer valer o direito material positivado pelo próprio Estado e pacificar os conflitos decorrentes na sociedade e que lhe forem submetidos. A compreensão desta característica marca o início da visão publicista do processo a qual, em que pese sua importância, não importou num imediato e integral expurgo de todos os resquícios do pensamento privatista anteriormente vigente.” (PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002., p. 21)

10 Lei portuguesa n. 83/95 (Lei de Ação Popular), art. 17º: Na ação popular e no âmbito das questões fundamentais definidas pelas partes, cabe ao juiz iniciativa própria em matéria de recolha de provas, sem vinculação à iniciativa das partes.

11 CAPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. Santiago Mellendo. Buenos Aires: Europa América, 197, pp. 118-119

12 MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000, p. 120

13 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: RT, 2007, p. 97

A tendência agora aponta no sentido da possibilidade de o próprio tribunal recursal adotar iniciativa probatória, independentemente da prévia decisão por parte do juiz de piso. Aliás, considerando os fins visados pelo ordenamento ao deferir a possibilidade, não faria efetivamente sentido tolher os poderes do estado-juiz, cerceando a iniciativa quando a necessidade for sentida em grau de recurso.

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, tem proclamado reiteradamente a possibilidade de iniciativa probatória do magistrado na instância recursal, isto independentemente da natureza do interesse em discussão no litígio. Em alguns precedentes se destaca, contudo, que a natureza pública do interesse em causa pode justificar o reforço do poder-dever do juiz quanto à iniciativa probatória.¹⁴

Em relação à paridade, no particular, entre o juiz de primeiro e segundo graus, afirmou o STJ que **“inexiste óbice à transformação do julgamento em diligência, por se encontrar o feito em segunda instância, pois os magistrados de primeiro e segundo graus possuem as mesmas prerrogativas em busca da supracitada verdade real.”**¹⁵

3. O direito fundamental ao sufrágio em sua dupla dimensão (ativa e passiva) e a natureza pública do interesse em jogo no processo judicial eleitoral

Se no Processo Civil, fundamentalmente vocacionado à tutela dos interesses privados (apesar de não de deslocar situações da existência de interesse público subjacente), a iniciativa probatória do juiz é aceita com amplitude, parece-nos inequívoco que no âmbito eleitoral a solução não pode (e não deve) ser distinta.

No processo judicial eleitoral, é a sociedade como um todo que há de sentir os reflexos do desfecho de de-

¹⁴ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA PELO TRIBUNAL A QUO PARA O JUÍZO MONOCRÁTICO REALIZAR PROVA PERICIAL. ART. 560 DO CPC. POSSIBILIDADE. PRECLUSÃO QUE NÃO SE APLICA, NA HIPÓTESE. MULTA DO ART. 538 DO CPC. AFASTAMENTO. 1. Caso em que o Tribunal a quo entendendo pela necessidade da produção de prova pericial para o efetivo esclarecimento do estado de saúde da autora, determinou, em preliminar, a conversão do julgamento em diligência para que os autos retornassem à origem exclusivamente para a realização da prova. 2. Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. 3. A iniciativa probatória do magistrado, em busca da veracidade dos fatos alegados, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. 4. Afasta-se a multa prevista no art. 538 do CPC quando presente o intuito de prequestionar a matéria objeto do litígio e ausente o caráter protelatório do recurso. Incidência da Súmula 98/STJ. 5. Agravo regimental parcialmente provido, somente para afastar a multa imposta. (AgRg no REsp 1157796/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 28/05/2010)

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE POST MORTEM. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO. ACÓRDÃO QUE DE OFÍCIO ANULA A SENTENÇA E DETERMINA NOVA INSTRUÇÃO PROCESSUAL COM OPORTUNIDADE PARA REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA. POSSIBILIDADE. AÇÃO DE ESTADO. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. CPC, ART. 131. PRECEDENTES. REFORMATIO IN PEJUS. AFASTAMENTO. I. Tem o julgador de segunda instância a iniciativa probatória, mormente quando se trata de causa que tem por objeto direito indisponível (ações de estado). II. Mitigação do princípio dispositivo em razão da busca da verdade real. III. Em questões probatórias não há preclusão para o magistrado. IV. Anulada decisão desfavorável à recorrente, não há que se falar em reformatio in pejus. V. Recurso especial não conhecido. (REsp 1010559/RN, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 03/11/2008)

PROCESSUAL CIVIL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 130 DO CPC. PRECLUSÃO QUE NÃO SE APLICA, NA HIPÓTESE. ART. 183 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ E ADEMAIS, DA SÚMULA N. 83/STJ. I - A matéria inserta no dispositivo infraconstitucional suscitado (art. 183 do CPC) não foi objeto do julgamento a quo, sequer implicitamente, carecendo o recurso especial do pressuposto específico do prequestionamento (Incidência da Súmula n. 211/STJ). II - Demais disso, esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que a livre iniciativa do magistrado, na busca pela verdade real, torna-o imune aos efeitos da preclusão, sendo lícita a determinação de produção de prova pericial, que indevidamente não foi deferida em primeira instância, mesmo de ofício (art. 130 do CPC). III - Noutras palavras, ainda que tenha havido o anterior indeferimento da produção de prova pericial, pelo juízo de primeiro grau, ainda assim pode o Tribunal de apelação, de ofício, determinar tal produção, se entender pela sua indispensabilidade. IV - Precedentes citados: AgRg no REsp nº 738.576/DF, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ de 12/09/2005; Edcl no Ag nº 646.486/MT, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 29/08/2005; AgRg no AG nº 655.888/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES DE LIMA, DJ de 22/08/2005; REsp nº 406.862/MG, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 07/04/2003. V - Aplicação, de qualquer modo, da Súmula n. 83/STJ. VI - Recurso especial não conhecido. Manutenção do acórdão que determinou a realização de nova perícia judicial. (REsp 896.072/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/04/2008, DJe 05/05/2008)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ. DETERMINAÇÃO EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. ART. 130 DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. No caso dos autos, determinou o Tribunal a quo o retorno dos autos à primeira instância, cassando, por consequente, a sentença de improcedência prolatada, na medida em que, tendo admitido expressamente o magistrado singular que as provas colacionadas aos autos não seriam suficientes para verificação da alegada violação de cláusulas contratuais, deveria ter determinado, ex officio, sua realização. 2. “A experiência mostra que a imparcialidade não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar o sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas de um sadio ativismo” (Instituições de Direito Processual Civil, volume III, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, páginas 52-54, grifos no original). 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 629.312/DF, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 23/04/2007, p. 271)

Processo Civil. Iniciativa probatória do segundo grau de jurisdição por perplexidade diante dos fatos. Mitigação do princípio da demanda. Possibilidade. Ausência de preclusão pro judicato. Pedido de reconsideração que não renova prazo recursal contra decisão que indeferiu prova pericial contábil. Desnecessidade de dilação probatória. Provimento do recurso para que o tribunal de justiça prossiga no julgamento da apelação. - Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. - A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. - Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhal e documental, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas. (REsp 345.436/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2002, DJ 13/05/2002, p. 208)

¹⁵ REsp 241.886/GO, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 17/08/2004, DJ 27/09/2004, p. 360

mandas. É o direito ao sufrágio (ativo e/ou passivo) que está em causa, tornando particularmente relevante, em tais situações específicas, uma maior preocupação do juiz na descoberta da verdade e, por via reflexa, a realização da justiça.

Nesse sentido, observa CANOTILHO que o direito de sufrágio é um elemento imprescindível para a concretização do princípio democrático enquanto norma jurídica constitucionalmente positivada, asseverando que **“o sufrágio é um instrumento fundamental de realização do princípio democrático. Através dele, legitima-se democraticamente a conversão da vontade política em posição de poder e domínio, estabelece-se a organização legitimante de distribuição dos poderes, procede-se à criação do “pessoal político” e marca-se o ritmo da vida política de um país. Daí a importância do direito de voto como direito estruturante do próprio princípio democrático e a relevância do procedimento eleitoral justo para a garantia da autenticidade do sufrágio”**.¹⁶

No mesmo sentido, José Afonso da Silva, ao registrar que : “O sufrágio é um direito público subjetivo, de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do Poder Estatal. É um direito que decorre diretamente do princípio de que todo poder emana do povo e em seu nome é exercido. **Constitui a instituição fundamental da Democracia representativa e é pelo seu exercício que o eleitorado, instrumento técnico do povo, outorga legitimidade aos governantes...Nele consubstancia-se o consentimento do povo que legitima o exercício do poder.**”¹⁷

Tanto assim é que o próprio Tribunal Superior Eleitoral já admitiu a possibilidade de iniciativa probatória do juiz no processo judicial eleitoral, referindo especialmente à natureza pública da matéria discutida.¹⁸

Na altura, restou assentado que “[...] **Diante da ausência de provas seguras, mas considerando que a questão envolvia matéria de ordem pública, é natural e até lógico que o julgador busque a verdade real**, se utilizando dos mecanismos disponíveis ao seu alcance. E a verdade veio à tona, com a comprovação de que o embargante exerceu aproximadamente três meses de mandato tampão, foi reeleito e agora pretende concorrer a um terceiro mandato. **Com efeito, o rigor formal não pode prevalecer em detrimento do direito material, sobretudo quando os fatos abrangem vedação constitucional de natureza geral que visa combater a perpetuação no poder.(...)Razoável, portanto, que nos processos que dizem respeito à inelegibilidade constitucional, seja permitida a conversão do julgamento em diligência, sempre que a verdade real possa ser obtida.[...].”**

4. Síntese das conclusões

Em síntese, pode-se afirmar que o processo civil moderno não mais espera do juiz uma postura inerte, passiva. Um ativismo probatório, aliás, é medida que se impõe. O princípio dispositivo e a expectativa de uma verdade dita “formal” é algo incompatível com a atual fase da processualística.

Como bem pontua RANGEL, “fala-se de justiça formal em contraposição com a justiça material, como se a absoluta e cega vassalagem aos dogmatismos e ao excesso de formalismo processual pudesse tranquilizar as partes, libertas a consciência do juiz do emaranhado de formas e dignificar o poder judicial e a Justiça.”¹⁹

No caso do processo judicial eleitoral, há de se divisar um reforço no ativismo do juiz, dada a natureza do interesse que subjaz ao litígio, de natureza pública e marcante reflexo no seio social. A amplitude da possibilidade de iniciativa probatória do juiz eleitoral não se restringe ao magistrado de piso. Muito ao revés, é poder-dever também direcionado aos integrantes dos tribunais, quando do julgamento dos recursos em matéria eleitoral.

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 301.

17 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 348.

18 TSE 34220 AM, Relator: Min. JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES, Data de Julgamento: 14/12/2008, Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 16/12/2008

19 Obra citada, p. 50

ANÁLISE RETÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS NA RETÓRICA MATERIAL DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NORMAS AUTO-APLICÁVEIS, IMEDIATAMENTE EXIGÍVEIS E GERADORAS DE DIREITOS SUBJETIVOS

Luiz Henrique Diniz Araujo

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Procurador Federal desde agosto/2002.

Resumo: O presente trabalho estuda como a retórica dos direitos sociais constitucionais ressoa na retórica material do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, o texto demonstra que, nesse âmbito, os direitos sociais constitucionais são normalmente interpretados como auto-aplicáveis e imediatamente judicializáveis.

Palavras-chave: *Retórica jurídica. Direitos sociais fundamentais. Direito subjetivo. Judicialização.*

INTRODUÇÃO. O CARÁTER AUTO-APLICÁVEL, EXIGÍVEL E GERADOR DE DIREITOS SUBJETIVOS DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS, SOB A ÓTICA DAS RETÓRICAS ANALÍTICA, ESTRATÉGICA E MATERIAL

“Whosoever hath an absolute authority to interpret any writtten or spoken laws, it is he who is truly the lawgiver, to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them”. Bispo HOADLEY (1717), cit. por Cristina Queiroz, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra Editora, 2000, p. 27.

Este trabalho trilhará um caminho em meio à análise da linguagem, que tem por objetivo fundamental proporcionar a comunicação. A base da linguagem, dessa forma, é o acordo, embora, ao se comunicarem, os homens possam só concordar em que não estão de acordo (RUSSEL, 2003, p. 27).

Segundo destaca UEDING (2001, p. 80), a argumentação retórica não procura apenas o convencimento ou a correção do argumento, mas também a verdade e a probabilidade, suas hipóteses e condições, bem como os motivos.

Essa afirmação parece contrariar BALLWEG (1990), quando esse afirma que a linguagem é retórica por traduzir uma *dóxa* e não uma *episteme*, ou ARISTÓTELES (2010, p. 5), ao sustentar que o estudo da retórica, em sentido estrito, concerne aos modos de persuasão.

Mas, aqui, tenta-se assumir uma concepção de que a retórica está na relação entre língua e verdade. Essa relação, que evidentemente pode ser interpretada em diferentes graus, pode-se dizer que encontra dois extremos (GUERRERO, 2009, p. 43): a) um extremo seria a concepção apresentada por Platão, que propõe um realinhamento do discurso retórico para aproximá-lo à verdade, mas desconsiderando o grave problema que traria essa reconstrução artificial; b) o outro extremo está representado pelo sofismo e pelo desconstrutivismo, que parte da concepção de que a relação entre língua e verdade é arbitrária, tendo a retórica licença para construir as suas verdades. Essa é a concepção que se adota neste trabalho.

Na linha de RUSSELL (2003, p. 15) e LEITE (2011, p. 67), no sentido de que toda a filosofia ocidental

é filosofia grega, que convergiu para Roma e, posteriormente, para a civilização ocidental, faz-se uma menção à contribuição dos sofistas para a retórica.

Os sofistas cultivaram uma filosofia destinada a formar cidadãos aptos aos debates nas assembleias. Segundo o seu entendimento, a argumentação e a persuasão eram mais importantes do que a busca da verdade. Para esses pensadores, o justo e o injusto não se fundamentam na natureza das coisas, mas nas opiniões e convenções humanas. A lei, *nomos*, é resultado da *doxa* (opinião), o acordo contingente dos homens (LEITE, 2011, p. 21).

Entende-se neste estudo a retórica como tripartida em retóricas material (método), estratégica (metodologia) e analítica (metódica) (ADEODATO, 2009.2, p. 249 e ss.).

A retórica material consiste em entender que a realidade (aí também o Direito) é um fenômeno linguístico e que não há sentido em se falar em realidade ôntica. Dessa forma, para os fins de nosso estudo, o Supremo Tribunal Federal não *descobre* os caracteres dos direitos sociais constitucionais; antes, os estabelece.

A retórica prática ou estratégica, por sua vez, tem a retórica material como alvo e visa a influir sobre a retórica material, de forma pragmática e teleológica.

A retórica analítica, por fim, procura abstrair as valorações para descrever as retóricas material e estratégica. Ao contrário das anteriores, não é normativa.

Nossa análise está no campo da retórica analítica, que é o estudo em si da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Além disso, aborda a retórica estratégica, ou seja, as diversas correntes que procuram constituir o relato vencedor no Supremo Tribunal. E, por fim, a retórica material, ou seja, o relato vencedor adotado pelo Supremo Tribunal Federal em relação a tais direitos, atribuindo-lhes caráter fundamental, auto-aplicável e gerador de direito subjetivo.

Para a concepção adotada, é importante se ter em conta que a vinculatividade ao texto escrito exige preparação cultural, constituindo-se também em fenômeno histórico. Mas, nesse aspecto, cabe também a pergunta, vinculatividade a que texto escrito? Sim, porque se de um lado a lei escrita trouxe a sensação de segurança jurídica, por outro, gerou a demanda de interpretação e concretização. Dessa forma, a transição da norma abstrata à sua aplicação ao caso concreto envolve limites semânticos mais ou menos elásticos, sem contrariedade explícita ao texto. Esse entendimento contradiz um outro, segundo o qual existe um sentido que já está no texto normativo e que é unívoco (CASTRO JR., 2009, p. 149), defendido também por DWORKIN (1977/8, p. 279/80).

Como destaca ADEODATO (2009.3), KANT dá grande contribuição à Filosofia do Direito ao concluir que não é possível retirar racionalmente do que é um dever ser incontestável. Essa relação entre o ser e o dever ser, para KANT, é sempre mediada pela vontade; sem ela, um salto gnoseologicamente impossível se interpõe.

Nossa análise está mais próxima, como diz ADEODATO (2009.4), da “apologia do casual”, significando, à maneira dos cétricos, que um acontecimento se poderia ter dado de outra forma. Assim, os argumentos se distinguem por sua plausibilidade, mas não há critério definitivo, pois o plausível pode ser verdadeiro ou falso.

O fundador do antigo ceticismo é Pirro (365-270 a.C.), para quem é impossível ao homem conhecer a natureza das coisas, seja pelos sentidos, seja pela inteligência. Por essa razão, propõe a suspensão do juízo (*epokhé*), que consiste em não afirmar nem negar. A suspensão do juízo acarreta a *aphasia*, a imperturbabilidade (*ataraxia*) ou indiferença (*adiaphoria*) e a autossuficiência (*autarkéia*). Aí está, para Pirro, a sabedoria. (LEITE, 2011, p. 58).

Nesse contexto é que se deve, outrossim, trazer o conceito de labilidade, significando a possibilidade de a razão humana falhar, seja na busca da verdade, seja no acerto da escolha do bem que melhor corresponde a suas aspirações no momento (COSTA, 2010, p. 17).

Podem-se defender duas teses: 1) gnoseologicamente, uma relação inteiramente adequada entre a mente de cada ser humano e os objetos em torno não é possível; 2) axiologicamente, o ceticismo não consiste no desprezo pela justiça nem no abandono de quaisquer parâmetros éticos, sendo um instrumento contra a intolerância e o dogmatismo. (ADEODATO, 2009.4, p. 382).

Dessa forma, podem-se didaticamente contrapor dois extremos: de um lado, a filosofia ontológica de Nicolai Hartmann, para quem os valores existem em si mesmos e são apenas “descobertos”; de outro, a paradigmática a figura de Gorgias, para quem tudo é incognoscível, intransmissível e incompreensível, concepção de caráter marcadamente retórico (ADEODATO, 2009.4, p. 383).

Pode-se classificar como retórica a concepção de KANT, no sentido de que a apreensão da realidade pelo sujeito cognoscente é condicionada pelas determinações genéticas da sua espécie. Daí a impossibilidade ontológica de aproximação e conhecimento da coisa em si ou *Ding an sich*, independente do sujeito (ADEODATO, 2009.3).

KANT, nesse sentido, procura conciliar duas escolas filosóficas: (a) o racionalismo, de LEIBNIZ, que deriva as pretensões do conhecimento ao exercício da razão, propondo-se a fornecer uma descrição absoluta do mundo e (b) o empirismo, de HUME, segundo o qual o conhecimento provém da experiência (SCRUTON, 2011, pp. 34/35).

Dessa forma, KANT formulou a sua concepção de que nem a experiência, nem a razão, sozinhas, podem fornecer mas conhecimento; na verdade, esse deriva da síntese entre a experiência e a razão, ou seja, é transcendental (SCRUTON, 2011, p. 40)

Ou, dito de outra forma, considerar que as atribuições universais e as regras instrumentais, cujo culto decorre do iluminismo e do positivismo, vistas como principal estrutura do discurso jurídico do direito moderno, são rejeitadas pelos retóricos. Esses trazem para o núcleo da análise o conceito de regularidades, que são padrões construídos por um observador dentro do próprio sistema. Essas regularidades são estruturas flexíveis que não dirigem a conduta humana, mas, sim, organizam essas condutas e são por elas produzidas. (SOBOTA, 1998)

Trazendo analogia apontada por QUEIROZ (2000, p. 9), inteiramente adequada ao tema, dizia Shylock, pela boca de Shakespeare, no “Mercador de Veneza”, que mais valia conhecer o que pensava o juiz do que o texto legal. Assim é o tema da interpretação do texto constitucional, que só passa a ser direito judicial concretizado pela interpretação que lhe dá o Poder Judiciário.

Assim, a interpretação judicial da Constituição recria o texto constitucional. Não decorre de um tradicional modelo subsuntivo, silogístico, em que a norma constitucional funcionaria como a premissa maior e o fato concreto como a premissa menor. Diversamente, entende-se a interpretação constitucional não como um texto que se aplica, mas um texto pelo qual se julga.

Essa leitura da Constituição exige uma teoria jurídica própria que não corresponde ao modelo tradicional da decisão silogística. Corresponde, sim, a um modelo de *coerência narrativa*, um modelo alternativo de *argumentação jurídica*, no sentido de PERELMAN, ALEXY, KRIELE, DWORKIN ou PERRY (QUEIROZ, 2000, p. 2).

Essa proposta de teoria é construir uma forma de interpretação, ao mesmo tempo, normativa e política.

É normativa porque:

a) não há, como dito, um problema estritamente hermenêutico de subsunção de uma regra. Parte-se do pressuposto de que o Poder Judiciário, quando interpreta um dispositivo da constituição, deve encontrar a mais adequada à solução do caso concreto. Dessa forma, não há *a solução correta*, mas diversas soluções possíveis e possivelmente defensáveis com argumentos igualmente fortes;

b) o poder do juiz, na aplicação da Constituição, é “poder judicial autónomo de decisão jurídica” (QUEIROZ, 2000, p. 2), um terceiro imparcial, que não se limita a uma exegese puramente formal de textos jurídicos. Muito mais importante do que isso, é obrigado a decidir em *todas* as circunstâncias, devendo construir uma “decisão judicial responsável”. Assim, a hermenêutica constitucional tem um caráter “constitutivista”, que passa pela “escolha do método” e pela “fundamentação rigorosa” das decisões;

A hermenêutica constitucional aqui proposta é também, como dito acima, política, porque pressupõe uma releitura do dogma montesquiano da separação dos poderes. Assim, segundo a concepção adotada

neste trabalho, as decisões das maiorias conjunturais do poder legislativo devem ceder ante a interpretação do texto constitucional, estabelecendo o juiz constitucional os limites entre o princípio majoritário (democracia) e os direitos fundamentais (constitucionalismo).

No são trata, aqui, de revitalizar o decantado “direito dos juízes” (*Richterrecht*), mas de reinterpretar o poder judiciário, abandonando a visão de que é um mero defensor objetivo e independente da ordem constitucional. Na verdade, assume-se aqui o juiz constitucional como uma “contra-estrutura instituída”, um “contra-poder”, contra as maiorias episódicas (QUEIROZ, 2000, p. 14).

A desempenhar o papel anteriormente desempenhado pela lei, a constituição fixa agora a fronteira entre o lícito e o ilícito, entre o constitucional e o inconstitucional. A Constituição atribui a si mesma a supremacia no sistema jurídico, subvertendo a regra *lex posterior derogat priori* e demarcando o limite entre a validade e a invalidade das normas infraconstitucionais.

Neste conexto, a hermenêutica constitucional se vale de novos signos expressões, verdadeiras aporias a serem clarificadas pelo juiz constitucional, tais como “limitação” e “restrição” de direitos, “conteúdo essencial” e a “ponderação de bens”, dentre outros.

Até ao fim da primeira grande guerra, o modelo positivista liberal exprimia um consenso de fundo não problematizado. O direito era interpretado e aplicado num círculo de “autorreferencialidade” sem recurso a “princípios” ou “normas constitucionais de fundo”, sem “narradores” ou “intérpretes” privilegiados (QUEIROZ, 2000, p. 15).

O juiz constitucional, neste novo momento, leva á relativização desse “mito”. Assim, o direito deixa de ser um mero conjunto de normas jurídicas, mas um fenômeno complexo, em que o comportamento dos juízes para a ter papel determinante. “Da transcendência do código transita-se para a imanência dos interesses concretos em competição” (QUEIROZ, 2000, P. 38).

Assim, pode-se ver o direito segundo modelos mencionados por QUEIROZ (2000, p. 38), sendo o primeiro o paradigma do “direito jupiteriano”, que reflete a visão predominante no Estado liberal do século XIX, com os códigos, constituições e conceitos que ainda hoje estruturam os ordenamentos.

O segundo modelo, chamado de “modelo de Hércules” (QUEIROZ, 2000, p. 38), corresponde às “performances” do Estado social do século XX.

PP. 38/9. O terceiro modelo, de “Hermes”, corresponde a uma concepção mais recente de juiz, um modelo que combina as características dos dois precedentes. “Hermes não interpreta a lei no sentido correspondente à vontade do legislador”, “não privilegia a vontade legislativa” (QUEIROZ, 2000, pp. 38/9). Tenta, em sua atividade de criador do direito, incorporar à sua atividade as elementos advindos de outras fontes (não só do texto), como os precedentes, a tradição, os princípios gerais de direito, a filosofia moral e política, as estruturas de poder, dentre outros. Percebe-se que seu discurso não é apenas habitado por considerações meramente jurídicas, mas também metajurídicas.

Segundo o entendimento aqui adotado, **a interpretação constitucional é concretização**, ou seja, tem caráter **criativo**: o conteúdo completo da norma interpretada apenas se torna completo com sua interpretação. A concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma a concretizar, a qual não está desvinculada nem da **pré-compreensão do intérprete** nem do **problema concreto a resolver**.

O intérprete deve relacionar o problema concreto a resolver à norma que pretende entender, se quiser determinar seu conteúdo correto aqui e agora. Essa determinação, assim como a aplicação da norma, constituem um **processo único**, e não a aplicação sucessiva de algo preexistente. Conforme bem demonstra HESSE (1991), **não existe interpretação constitucional desvinculada dos problemas concretos**.

Para o Direito Constitucional, a importância da interpretação é fundamental em razão do **caráter aberto e amplo da Constituição**: os problemas de interpretação surgem com maior frequência que em outros setores nos quais as normas são dotadas de menor grau de generalidade (HESSE, 1991).

A importância da interpretação aumenta se existe uma **jurisdição constitucional** de amplas proporções e se essa jurisdição se exercita com **eficácia vinculante**: nessa situação, as decisões do Tribunal Constitucional expressam o “conteúdo” da Constituição.

O trabalho de interpretação deve ser feito por meio de um **procedimento racional e controlável**

(resultado fundamentado), de forma a criar certeza e previsibilidade jurídicas. Para ele, o recurso acrítico a valores na jurisprudência e na doutrina tem conduzido a crescente insegurança (HESSE, 1991).

A teoria tradicional de interpretação busca revelar a vontade objetiva da norma ou a vontade subjetiva do legislador mediante análise do texto, de seu processo de criação, de suas conexões sistemáticas, de seus antecedentes e da finalidade da norma. Segundo essa teoria, existiria interpretação na simples execução de uma **vontade preexistente** que poderia ser alcançada com certeza objetiva através desses métodos e com **independência do problema a resolver**.

Para HESSE (1991), o objetivo da interpretação apenas relativamente pode consistir na tentativa de revelar a vontade preexistente na Constituição. É que não se pode presumir que a Constituição ou o constituinte tenham tomado uma **decisão prévia para todas as questões controversas** que pudessem surgir no futuro. Mas se pode supor ao menos que tenham se limitado a imaginar alguns **pontos de apoio** para a tomada futura dessas decisões. Dessa forma, onde não se definiu nada de modo inequívoco não é possível revelar uma **vontade autêntica**.

Se a Constituição não contém um sistema fechado e unitário e se a interpretação de suas normas não pode ser simples execução de algo pré-existente, será necessário um procedimento de concretização que responda a esta situação: através de uma atuação tópica orientada e limitada pela norma deverão ser encontrados e provados pontos de vista que sejam submetidos ao jogo das opiniões a favor e contra e fundamentar a decisão da maneira mais clarificadora e convincente possível. Sempre que estes pontos de vista contenham premissas objetivamente adequadas e fecundas aportarão consequências que levam à solução do problema. Nesse sentido, não se inserem na descrição do intérprete os *topoi* que deva utilizar: de um lado, o intérprete apenas pode utilizar os *topoi* relacionados com o problema; de outro lado, será obrigatória a inclusão dos elementos de concretização que a própria norma constitucional lhe proporciona, assim como das **diretrizes** que a Constituição contém.

No esquema proposto por HESSE (1991), são estas regras a serem levadas em conta no ato de interpretar a Constituição:

a. programa normativo: está contido basicamente no texto da norma a aplicar e deverá ser apreendido mediante a utilização dos meios de interpretação tradicionais: literal, histórica, original e sistemática.

b. âmbito normativo: possui um caráter sistemático que vai além do ponto de vista correspondente à interpretação do texto da norma, se bem que em estreita relação com o mesmo.

c. princípios de interpretação constitucional:

c.1. unidade da Constituição: todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo que sejam evitadas contradições com outras normas constitucionais;

c.2. princípio da concordância prática: os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que todos eles conservem sua entidade, ou seja, um não se deve realizar a custa de outro, devendo-se buscar a limitação **proporcional** de ambos de modo a obter uma efetividade ótima;

c.3. critério da correção funcional: inviabilidade de se restringir ou ampliar funções estatais;

c.4. critério de eficácia integradora;

c.5. força normativa da Constituição: máxima eficácia aos dispositivos da Constituição.

Verifica-se, do exposto neste tópico, que a interpretação constitucional mais adequada, melhor denominada de concretização constitucional, leva à conclusão, no sistema brasileiro, da auto-aplicabilidade dos direitos sociais prestacionais.

A RETÓRICA ESTRATÉGICA SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AS CORRENTES CONTRA A E A FAVOR DA IMEDIATA EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS.

Ao analisar a retórica constitucional, em seu aspecto de direito positivo e no que concerne aos debates doutrinários, ou seja, retórica material e retórica prática, observa-se que o campo semântico da expressão “direito fundamental” se ampliou bastante, abrangendo, entre outros, os direitos sociais (direitos a prestações positivas por parte do Estado) (ADEODATO, 2009.1, pp. 87 e 88,).

Mas, a ampliação metodológica mencionada da retórica estratégica não é facilmente implantada na retórica material, assumindo relevo importante a questão da busca da efetividade, ou seja, inconsistência de tais direitos no plano fático (ADEODATO, 2009.1, p 88), problema que em nossa realidade é agravado por razões sócio-jurídicas, destacadas por OLIVEIRA (2009, p. 121/2).

Constata-se a inconsistência do pensamento corrente, que se revela, apenas para citar um exemplo, na contradição em entender que não há hierarquia interna entre as normas constitucionais, ao mesmo tempo em que se aceita a existência de direitos fundamentais (ADEODATO, 2009.1, p. 95).

Outra das contradições é admitir a plena eficácia dos direitos sociais fundamentais, mas aceitar que não há obrigatoriedade para que o Estado providencie os meios necessários à sua satisfação.

O texto constitucional e o mundo dos fatos se interrelacionam de forma permanente no processo de concretização. Marcelo NEVES (2007) destaca, nesse processo, na teoria constitucional alemã, os modelos criados por Friedrich Müller e Peter Häberle.

Segundo o modelo de Müller (NEVES, 2007, p. 84), o conceito de norma jurídica abrange os dados linguísticos, que é o programa normativo, bem como os dados reais, que é o âmbito normativo. Dessa forma, a norma é uma resultante desses dois elementos.

Por essa razão, a aplicação ou concretização da norma (no caso, a norma constitucional) não corresponde a uma interpretação aplicadora do texto constitucional. Na verdade, o texto é passível de muitas interpretações. A concretização normativa, ao final, decorrerá do texto, mas também do “conjunto de dados reais normativamente relevantes para a concretização individual”.

A compreensão de Häberle corresponde à de Müller. Segundo o entendimento daquele autor, exposto no ensaio “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (NEVES, 2007, p. 85), propõe a tese de que todos os órgãos estatais estão potencialmente envolvidos na interpretação constitucional, assim como todos os cidadãos e grupos. Dessa forma, o direito constitucional material decorre de diversos interesses e funções, sendo o texto constitucional em si apenas uma parte dessa engrenagem.

Pode-se dizer então que, para Häberle, a normatividade do texto constitucional advém da “inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo”.

Dessa exposição, enuncia NEVES (2007, p. 91), uma de suas teses, segundo a qual a constitucionalização simbólica se caracteriza, dentre outros, pelo fato de que o texto constitucional em abstrato não detém suficiente concretização normativo-jurídica. Citando Müller, esclarece que “do texto normativo mesmo – ao contrário da opinião dominante – não resulta nenhuma normatividade”.

Segundo expõe, o problema não está restrito à desconexão entre o texto constitucional e o comportamento dos agentes públicos e privados. Não é, assim, um problema simplesmente de eficácia, mas “uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição”, faltando ao texto constitucional normatividade, ou seja, insuficiente integração entre o programa normativo (dados linguísticos) e o domínio normativo (dados reais). (NEVES, 2007, p. 95).

Ocorre, dessa forma, uma supervalorização da dimensão simbólica em relação à realização jurídico-instrumental do texto constitucional. Assim, o texto constitucional não implica uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização do texto.

Da tese de Marcelo NEVES (2007, p. 98) decorre que a expectativa normativa com base no texto constitucional só poderia se tornar realidade a partir de profundas transformações no mundo fático.

A constitucionalização simbólica é de profunda gravidade para os sistemas social, temporal e material, uma vez que toda a estrutura operacional do sistema jurídico é afetada. Assim é que as regras constitucionais referentes aos direitos sociais, no Brasil, são profundamente desconectadas da fruição desses direitos na vida real.

Vê-se que a Constituição do Brasil é muito abrangente quanto ao reconhecimento de tais direitos

prestacionais, bem como garantidora do devido processo necessário ao seu provimento por decisão judicial, caso não atendidos espontaneamente pelo Estado.

No entanto, grave problema ocorre no plano da concretização constitucional, ou seja, na correspondência entre o que a Constituição prevê em relação ao atendimento à saúde, à moradia, à educação *etc* e o que é oferecido (ou, mais adequadamente, negado) aos cidadãos na prática.

Como ressalta NEVES (2007, p. 115), “para a massa dos subintegrados trata-se principalmente da falta de identificação de sentido das determinações constitucionais. Assim, esses direitos, muitas vezes, têm a força de meros enunciados linguísticos, contexto em que se estabelecem relações de “subcidadania” e “sobrecidadania” em face do texto constitucional. Dessa forma, (p. 184/185) “o problema não se restringe à constitucionalidade do direito, mas reside antes na juridicidade da Constituição, ou seja, na (escassa) normatividade jurídica do texto”.

Dessa forma, surge o conceito de Constituição-álibi, ou seja, a Constituição, com seus enunciados “sedutores”, é invocada como artifício retórico para o Estado, que, em última análise, se faz parecer identificado com os ideais constitucionais. Assim, o problema do não cumprimento (ou da não concretização) é atribuível a outros fatores, que não a própria inércia ou incompetência dos poderes estatais em concretizar o ideal constitucional.

Como chama a atenção NEVES (2007, p. 115), um fenômeno um tanto diverso ocorreu na Europa dos dois pós-guerras, momento em que os sistemas constitucionais daqueles Estados “respondiam, com ou sem êxito, a tendências estruturais em direção ao *welfare state*. Pressupunha-se a realizabilidade das normas programáticas no próprio contexto das relações de poder que davam sustentação ao sistema constitucional”.

Como arremata NEVES (2007, p. 187):

No âmbito da retórica do reformismo constitucional, os programas de governo ficam reduzidos a programas de reforma da Constituição; estes são frequentemente executados (quer dizer, as emendas constitucionais são aprovadas e promulgadas), contudo as respectivas estruturas sociais e relações de poder permanecem intocáveis.

Apenas para ilustrar, essa discussão vem sendo travada na França em relação ao direito à habitação, uma questão antiga, mas que ganhou atualidade naquele ordenamento com a lei n. 2007-590, de 5 de março de 2007. Essa lei consagra de forma inédita um “direito à habitação oponível” (*droit au logement opposable*).

Essa consagração convida a comunidade jurídica daquele país a discutir sobre as fontes, os fundamentos constitucionais desse direito. Coloca-se, por exemplo, a questão de saber se esse direito prestacional decorre do Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946 e em particular de sua alínea primeira.

O Preâmbulo de 1946 garante princípios particularmente necessários em nosso tempo, direitos sociais que se inscrevem na mesma temática que o direito à habitação: o direito ao emprego, ao lazer, à educação, à saúde, ao descanso. Esses direitos conferem a seus detentores a faculdade de exigir ou de reclamar do Estado o fornecimento de uma prestação. É dentro dessa lógica que se consagrou o direito à habitação: um direito prestacional que necessita que o Estado cumpra uma prestação (DENIZEAU, 2008, p. 126/7)

Assim também no Brasil, onde há relevante divergência sobre a “oponibilidade” dos direitos sociais constitucionais. Essa discussão ressoa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para efeitos deste trabalho, foram pesquisados acórdãos e decisões monocráticas proferidos pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos cinco anos, na página www.stf.jus.br, representativos das correntes jurisprudenciais da Corte, com as expressões de busca “direito à saúde”, “direito à educação”, “dignidade da pessoa humana”, “direitos sociais”, “judicialização da política”, “reserva do possível” e “mínimo existencial”.

Dessa forma, veja-se que (STF, 2010-A) o Supremo Tribunal Federal condenou o Poder Público a efetuar o transporte da rede pública de ensino, consignando que a educação é dever do Estado e que cabe ao Poder Judiciário impor a efetivação de políticas públicas, mormente aquelas fixadas pela Constituição Federal.

Ressaltou naquele julgamento que a educação infantil, qualificando-se como direito fundamental de toda criança, não está na esfera de discricionariedade da Administração, tampouco se subordina a razões de

pragmatismo governamental.

Explicitou, outrossim, que embora não caiba ao Poder Judiciário definir política pública, cabe-lhe impor aos Poderes inadimplentes o cumprimento de encargos político-jurídico com caráter mandatório.

Em outro acórdão (STF, 2010-B), foi mantida pelo Supremo Tribunal Federal imposição para que o Estado de Pernambuco participasse, conjuntamente com o Município de Petrolina, da restauração de hospital localizado naquele município, como uma forma de garantir aos cidadãos o acesso à saúde.

Trata-se de caso em que o Estado de Pernambuco tentava suspender liminar concedida por juiz federal para que desse apoio ao Município de Petrolina/PE na reestruturação de hospital localizado naquele Município.

Por outro lado, em acórdão de 2007, o Supremo Tribunal decidiu que a determinação de custeio de medicamento a uma só pessoa poderia prejudicar a prestação dos serviços de saúde a diversas outras (STF, 2007).

Neste outro acórdão (STF, 2011), o Tribunal manteve condenação para que o Município de São Paulo matriculasse crianças em unidades de ensino infantil, próximas a suas residências ou ao endereço de trabalho de seus responsáveis legais. Como fundamentação, o Supremo Tribunal se apoiou na “compreensão global do direito constitucional à educação”, “legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição”, na “proteção judicial de direitos sociais”, “reserva do possível”, “mínimo existencial”, “dignidade da pessoa humana”, “vedação do retrocesso social” e a questão das “escolhas trágicas”.

Ficou consignado ainda, no aresto, que apesar de caber primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo a formulação e execução de políticas públicas, deve o Judiciário, ainda que em bases excepcionais e especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela Constituição Federal, determinar sejam aquelas implementadas.

A Corte entendeu que o Poder Público, ante a escassez de recursos, de um lado, e a implementação de direitos constitucionais que demandam custos econômicos, de outro, deve superar esse antagonismo, realizando o que se chama de “escolhas trágicas”, que consistem na opção por determinados valores em detrimento de outros. Segundo o acórdão, o prestígio de certos valores deve ser pautado pela intangibilidade do mínimo existencial e pela dignidade da pessoa humana.

Esclareceu, outrossim, que não é facultado ao Poder Público invocar a cláusula da reserva do possível para frustrar a implementação de políticas públicas previstas na Constituição Federal, uma vez que encontra limitação na garantia constitucional do mínimo existencial.

O acórdão entendeu, ademais, que o mínimo existencial, emanação direta do postulado da dignidade da pessoa humana, decorre de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III). Traduz-se como um complexo de prerrogativas cuja concretização se revela capaz de garantir condições adequadas de existência digna, assegurando acesso efetivo ao direito geral de liberdade, bem como a prestações positivas originárias do Estado no sentido da plena fruição de direitos sociais básicos (direito à educação, à proteção integral da criança e do adolescente, à saúde, à assistência social, à moradia, à alimentação e à segurança).

Por fim, o aresto se utilizou do conceito de “proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo poder público, de direitos prestacionais”. Segundo esse preceito, não cabe, em matéria de direitos fundamentais de caráter social, o retorno a estágio anterior ao das conquistas já alcançadas. Dessa forma, estando os direitos sociais prestacionais já reconhecidos, cabe agora avançar, no sentido de sua efetivação, bem como não suprimir total ou parcialmente o seu reconhecimento.

Vê-se, pelo exposto neste item do presente trabalho, que há diversas retóricas estratégicas sobre o tema da judicialização da efetivação dos direitos sociais, as quais encontram reflexo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO. O RELATO VENCEDOR NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RETÓRICA MATERIAL): OS DIREITOS SOCIAIS SÃO AUTO-APLICÁVEIS, IMEDIATAMENTE EXIGÍVEIS E GERADORES DE DIREITOS SUBJETIVOS

Como se pode verificar no estudo acima, apesar das divergências no campo da retórica estratégica, a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal vem impondo obrigações aos entes públicos com fundamento direto nos direitos constitucionais à saúde, à educação, à habitação, entre outros.

Dessa forma, pode-se afirmar que, segundo a retórica material (relato vencedor) adotada pelo Supremo Tribunal, os direitos sociais constitucionais são auto-aplicáveis, imediatamente exigíveis e geradores de direitos subjetivos.

A interpretação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo aos dispositivos constitucionais que tratam dos direitos sociais prestacionais visa a lhes conferir máxima eficácia. Assim, verifica-se que o Tribunal, embora o declare explicitamente ou não em suas decisões, em sua atividade contramajoritária, vem combater o caráter demasiadamente simbólico da Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Teoria dos Direitos Subjetivos e o problema da positivação dos Direitos Humanos como fundamentos da Legalidade Constitucional*. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (organizadores). Princípio da legalidade. Da dogmática jurídica à Teoria do Direito. 1.ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.1.

_____. *As retóricas na história das ideias jurídicas no Brasil – originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico*. Revista da ESMAPE. Recife, v. 14, n. 29, p. 243-278, jan./jun. 2009.2.

_____. *Filosofia do direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 2009.3, 4.ª ed.

_____. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009.4, 4.ª ed.

ALEX, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Deutschland. 1994. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo.

ARISTOTLE. *Rhetoric*. USA, ReadaClassic, 2010. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo.

BALLWEG, Ottmar. Do original “Rhetorik und Vertrauen”, in: *Kritik und Vertrauen – Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag*. Frankfurt a. M., Anton Hain Verlag, 1990, p. 34-#. Tradução de João Maurício Adeodato, da Faculdade de Direito do Recife.

BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino, Giulio Einaudi editore s.p.a., 1997. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo.

CASTRO JR., Torquato. *Metáforas de letras em culturas jurídicas da escrita. Como se é fiel à vontade da lei?* In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (organizadores). Princípio da legalidade. Da dogmática jurídica à Teoria do Direito. 1.ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

COSTA, Elcias Ferreira da: *Filosofia jurídica. Fundamentação metafísica do Direito*. São Paulo, Sita Brasil, 2010.

DENIZEAU, Charlotte. *Le droit au logement découle-t-il de l'alinéa 1^{er} du Préambule de 1946?* In: GAUDEMET, Yves. *Le Préambule de la Constitution de 1946*. Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. United States of America. 1977/8. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo.

GUERRERO, Lázaro Carrillo. *Retórica: La efectividad comunicativa*. Revista Rhetorikê, n. 2, pp. 39-66, abril de 2009.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editora - safE, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Deutschland. 20. Auflage. 1999. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo.

LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de filosofia geral e jurídica. Das origens a Kant*. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo. Martins Fontes, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Luciano. *A lei é o que o senhor major quiser! Algumas achegas sociológicas ao princípio da legalidade no Brasil*. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (organizadores). Princípio da legalidade. Da dogmática jurídica à Teoria do Direito. 1.ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

QUEIROZ, CRISTINA. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra, Coimbra Editora. 2000.

RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. São Paulo, Ediouro, 2003.

SCRUTON, Roger. *Kant*. Porto Alegre, 2011.

SOBOTA, Katharina. *Don't mention the norm!* International Journal for the Semiotics of Law IV/10 (1991). Tradução de João Maurício Adeodato, da Faculdade de Direito do Recife. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Presidência. SS 3.073/RN. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Decisão monocrática. Brasília. DJU de 14.2.2007.

SPIEKER, Manfred. *Notwendigkeit um Grenze des Sozialstaats*. In: KERSTING, Wolfgang. Politische Philosophie des Sozialstaats. Deutschland. Erste Auflage. 2000. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Presidência. SS 3.073/RN. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Decisão monocrática. Brasília. DJU de 14.2.2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda turma. RE-AgR 603575/SC. Relator: Ministro Eros Grau. Decisão unânime. Brasília, 20.04.2010. DJe-086 PUBLIC 14-05-2010-A.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENO. SL-AgR 47. Decisão unânime. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17.03.2010. DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010-B.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SEGUNDA TURMA. ARE 639337. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão unânime. Brasília, 23.08.2011. DJe-177 DIVULG 14.09.2011 PUBLIC 15.09.2011

UEDING, Gert. *Klassische Rhetorik*. Verlag C. H. Beck. Deutschland. 5. Auflage. 2001. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo.

ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO A PARTIR DO ESTUDO DAS ESCOLHAS LEXICAIS DE UMA DECISÃO JUDICIAL

Fábio Menezes de Sá Filho

Mestre e Graduado em Direito pela UNICAP. Especialista em Direito Judiciário e Magistratura do Trabalho pela ESMATRA VI. Professor do Curso de Graduação em Direito da FADIC; do Curso de Graduação em Direito da FMR; do Curso de Especialização em Administração Esportiva da UNICAP; e do Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário do IMP. Presidente do Conselho Fiscal e Associado Fundador do IPDD. Presidente do Conselho de Ética do INAMA/PE. Coordenador do Núcleo de Direito Desportivo da ESA/PE. Membro da AIDTSS; e do IBDD. Administrador e Associado Fundador da Academia Jurídica Virtual: grupo de discussões e informativos jurídicos. Advogado.

Rubervan Dantas da Rocha

Especialista em Direito do Trabalho pela UFPE. Mestre em Direito pela UNICAP. Professor do Curso de Graduação em Direito da FBV. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região.

Resumo: A Análise Crítica do Discurso (ACD) investiga as relações de sentido subjacentes aos textos produzidos nas atividades sociais, verificando as relações de poder entre aqueles que ocupam degraus distintos na escala social. Ao se considerar a classe dos juízes como detentores de poder de decisão sobre a vida social dos cidadãos, para o presente estudo, procura-se estudar as escolhas lexicais utilizadas pelos magistrados em suas decisões judiciais, a fim de compreender melhor essa formação discursiva e as estratégias pelas quais geram as suas convicções.

Palavras-Chave: Decisão – Escolhas – Lexicais – Análise – Crítica – Discurso.

Abstract: The Critical Discourse Analysis (CDA) aims to investigate the relationship of the meaning behind the texts produced in social activities, verifying the relations of power between those who occupy different levels in social class. When you consider the class of judges as holders of power of decision on citizens' social life, the present study seeks to examine the lexical choices used by judges in their judicial decisions, in order to better understand that discourse formation and the strategies for which they generate their convictions.

Keywords: Decision – Choices – Lexical – Analysis – Critical – Speech.

Introdução

Este trabalho está subdividido em 4 (quatro) partes e com as suas respectivas subdivisões¹.

Na primeira delas, são expostos o objetivo geral e os objetivos específicos, aos quais se quiseram dar destaque, cujo intuito é o de elencar o roteiro a ser seguido no decorrer do estudo. Como objetivo geral, pretende-se levantar e estudar bibliografia relativa à Análise Crítica do Discurso (ACD)², realizando a análise de uma decisão judicial a partir dos princípios epistemológicos dessa perspectiva de trabalho. Por outro lado, buscam-se, enquanto objetivos específicos, identificar

1 A presente pesquisa foi apresentada como requisito parcial para aprovação na disciplina Análise do Discurso Jurídico Procedimental (ADJP), ministrada pela Profª. Drª. Virgínia Colares, do Curso de Mestrado em Direito da UNICAP, no primeiro semestre de 2008. A demora em submeter este trabalho à apreciação de conselhos editoriais deveu-se a projetos, os quais vinham sendo desenvolvidos pelos alunos (que cursaram aquela disciplina intitulada ADJP), mas que não lograram êxito. E por se tratar de um trabalho que dificilmente perderá a sua atualidade, vislumbrou-se a possibilidade de submetê-lo pela primeira vez a um conselho editorial, a fim de finalmente publicar esta pesquisa.

2 Apesar de alguns autores a classificarem como uma disciplina, a maioria dos estudiosos da lingüística considera a ACD uma agenda de trabalho.

as escolhas lexicais explícitas nos enunciados constitutivos de um discurso decisório, e, além disso, discutir as conseqüências jurídicas dos operadores do Direito no uso das escolhas lexicais nos enunciados constitutivos do discurso decisório, bem assim a sua importância para o ordenamento jurídico.

Em seguida, apresenta-se a metodologia adotada pelos autores para a consecução deste trabalho.

Na terceira parte, deseja-se mostrar os pressupostos teóricos adotados, com ênfase na abordagem da interdisciplinaridade estudada pela ACD. Além disso, nessa parte procurou-se explicar um pouco sobre a figura do juiz e acerca das condições essenciais e formais da sentença proferida pelos magistrados.

Por derradeiro, faz-se um levantamento conclusivo no que tange aos resultados obtidos após a leitura do discurso judicial escolhido e, assim, finalizando-se com uma análise crítica desse discurso.

1 Metodologia

Através deste artigo, estudam-se algumas formas de construção do raciocínio dos magistrados por meio das escolhas lexicais utilizadas em decisão judicial autêntica, identificando a influência de tal atividade na produção de sentido das decisões e respectivas conseqüências jurídicas.

Utiliza-se como modelo teórico-metodológico a ACD, a fim de entender outros acontecimentos nas difíceis relações sociais que se consolidam por meio da linguagem e de vincular a teoria com a observação investigativa acerca do discurso da temática jurídica.

Estão em **negrito**, algumas palavras ou expressões destacadas dentro dos fragmentos da decisão judicial e outras, as quais se quiseram dar destaque no corpo do presente estudo; por outro lado, encontram-se em **negrito** e *italico* as palavras ou expressões extraídas dos fragmentos e reproduzidas no corpo do texto.

No caso concreto escolhido para ser analisado no ora realizado trabalho, procura-se identificar as estratégias lingüístico-discursivas pelas quais se textualizam os discursos jurídicos, averiguando o procedimento textual dado às unidades pragmáticas nas ocasiões de escrita na instituição jurídica, relacionando o único texto coletado às condições de produção, observando as relações entre as escolhas lexicais do interlocutor e as exigências ou flexibilidades, componentes da interlocução, aferidas pela legislação vigente.

Para tanto, vale lembrar que, mais uma vez, uma decisão judicial autêntica foi escolhida, propositalmente, em uma vara do trabalho integrante do Poder Judiciário brasileiro, e formatada numa estrutura padrão, contendo linhas numeradas e identidades dos participantes do caso concreto no anonimato, cujo fim é o de facilitar a leitura para posteriores análises e permitir um estudo mais fidedigno.

2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

Este trabalho procura estudar um dos processos de referenciação na redação de uma decisão judicial autêntica, que é a averiguação das escolhas lexicais pelo interlocutor encontradas nesse contexto.

A ACD entende que a linguagem forma a prática social e, portanto, cabe a essa disciplina “um interesse particular na relação entre linguagem e poder”³

Além disso, a ACD é a ciência crítica que, se embasando primeiramente nos problemas sociais vigentes e nas pessoas que sofrem mais em virtude de tais problemas, estuda de forma crítica os que estão no cume do poder, os que detêm responsabilidade e os que podem resolver aqueles conflitos sociais.

Para Wodak, a crítica “significa distanciar-se dos dados, situar os dados no social, adotar uma posição política de forma explícita, e focalizar a auto-reflexão, como compete a estudiosos que estão fazendo pesquisa”⁴

Um dos escopos da ACD é o de desmascarar os discursos decodificando as ideologias. Estas referem-

3 WODAK, Ruth. Do que trata a ACD - um resumo de sua história, conceitos importantes e seus desenvolvimentos. In: CALDAS-COULTHARD, Carmen Rosa; FIGUEIREDO, Débora de Carvalho. **Linguagem em discurso**. v.1, n./1, Tubarão-SC, Ed. UNISUL, 2000. p. 224.

4 WODAK, Ruth. *Op. cit.* p. 234.

se às “formas e processos sociais dentro das quais, e através das quais, formas simbólicas circulam no mundo social”⁵ e devem ser estudadas “como um conjunto de práticas materiais que reproduzem as relações de produção”.⁶

Nesse sentido, a ACD sugere a análise de determinado texto não solitariamente, e sim inserida numa formação discursiva⁷ do “fenômeno social”⁸, ou seja, da linguagem, que é onde ocorre a articulação de discurso e ideologia.

A ideologia apresenta-se, textualmente, pelos sentidos, pressuposições, metáforas, e a hegemonia, por meio das orientações econômicas, políticas, ideológicas e culturais.

É por meio do texto que é feito o estudo das pistas em seu contexto, ou seja, das marcas textuais encontradas na sua superfície, em determinada prática discursiva, verificando-se elementos da prática social.

In casu, o contexto social estudado neste trabalho é a decisão judicial. Nesse ato processual, a linguagem do juiz adquire especial poder, pois, amparado legalmente por diversas premissas, ele decodifica o depoimento dos participantes de determinado processo e constrói seu próprio discurso onde reproduz e textualiza o que avalia importante de tudo aquilo que foi juntado aos autos até então e, através de suas induções, delibera fundamentando.

Nesse viés, haveria uma noção de controle por parte do juiz quando este decide que, no entender de Tercio Sampaio Ferraz Júnior,

É nos termos deste quadro teórico que devemos localizar a dogmática da decisão. A doutrina revela-se nesse sentido como uma investigação prática das regras de decisão e de configuração dos conflitos. O fenômeno jurídico é captado, neste modelo, como um sistema de controle do comportamento, sendo decisão e conflito dois termos correlatos que se centralizam na noção de *controle*: poder de decisão de conflitos institucionalizados.⁹

Mais adiante o mesmo autor conclui que

Podemos dizer, assim, generalizando, que o problema dogmático do controle na correlação entre conflito e decisão nos aponta para dois aspectos distintos, mas relacionados: o *interno* e o *externo*. O primeiro encara a decisão jurídica como um controle a partir dos próprios instrumentos que o sistema normativo oferece (controle-disciplina). O segundo refere-se a instrumentos que a retórica jurídica traz para o sistema (controle-dominância). Estes dois aspectos são uma projeção da distinção entre, respectivamente, poder de direito e poder de fato. De um lado, temos, pois, a teoria dogmática da aplicação do direito (aspecto interno) e, de outro, a teoria dogmática da argumentação *jurídica* (aspecto externo).¹⁰

Sendo assim, a mencionada superfície textual é distinguida por opções do enunciador, o juiz, que seleciona as informações, apontando as de maior destaque, e a estas dá ênfase. Desse modo, os discursos atuam como criadores da prática social onde se manifestam e que no caso do magistrado, ele utiliza a ferramenta do discurso como instrumento de controle e apaziguamento dos conflitos sociais submetidos à apreciação dele.

2.1 O MAGISTRADO

Na pirâmide processual, autor, réu e juiz, este último é o que detém maior responsabilidade quanto ao

5 THOMPSON, J. B. *apud* WODAK, Ruth. *Op. cit.* p. 235.

6 MUSSALIM, Fernanda; BENTES, Anna Christina (Orgs.). **Introdução à lingüística: domínios e fronteiras**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 103.

7 Formação discursiva é “um conjunto de regras anônimas, históricas, sempre determinadas no tempo e no espaço que definiram em uma época dada, e para uma área social, econômica, geográfica ou lingüística dada, as condições de exercício da função enunciativa.”. Veja-se FOUCAULT, Michel *apud* MUSSALIM, Fernanda; BENTES, Anna Christina (Orgs.). **Introdução à lingüística: domínios e fronteiras**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 119.

8 KRESS, Gunther *apud* WODAK, Ruth. *Op. cit.* p. 229.

9 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 313.

10 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Op. cit.* p. 314.

desfecho da lide, pois é quem profere a decisão, podendo até decidir sobre algo que seja determinante para a sobrevivência de uma pessoa.

Sabe-se que o juiz é o ator representativo do Estado num conflito judicial. É ele quem detém, em nome do Estado, o “poder-dever de prestar a tutela jurisdicional a todo cidadão que tenha uma pretensão resistida por outrem, inclusive por parte de algum agente do próprio Poder Público”.¹¹

É esse mesmo juiz que para Montesquieu não seria nada mais que a boca da lei, ou melhor, que os juízes de determinada nação não são mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, sendo tidos como seres inanimados que não podem moderar nem sua força, tampouco seu rigor.¹²

A jurisdição trata-se de uma das faculdades do poder soberano estatal, que no entender de Couture é

a função pública, realizada por órgãos competentes do Estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de juízo, se determina o direito das partes com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente passíveis de execução.¹³

A citada faculdade do poder soberano estatal é una, entretanto, o seu exercício é desempenhado por vários órgãos do Poder Público.

Por outro lado, a competência é o critério de distribuir entre os vários órgãos do Poder Judiciário as atribuições relacionadas ao exercício da referida jurisdição.

Detendo, assim, o juiz competência para julgar determinada lide, caberá a ele dar o veredicto concedendo ao jurisdicionado o direito maior que ele tem que é, regra geral, o direito a uma sentença de mérito.

Julgar o mérito significa que o magistrado adentrará no cerne da questão suscitada nos autos do processo, havendo assim a análise do pedido do autor e, conseqüentemente, uma deliberação acerca do direito que é requerido por essa parte.

Estudar a atuação do magistrado por meio da análise do seu discurso numa decisão proferida por ele, dará a possibilidade de se conhecer melhor a forma como alguns deles pensam a respeito dos supostos anseios da humanidade, visto que para Celestina Vitória Moraes Sitya,

Ao interpretar a lei, os juízes vão buscar decisões, instalando a sentença sob princípios ideológicos em que se articulam idéias, costumes e crenças que, em consenso com a exigência da vida moderna, visam a aplicar o Direito segundo as necessidades sociais, considerando as condições de produção do discurso jurídico.¹⁴

E para que haja uma boa aplicação do direito, o juiz deve ficar atento às condições essenciais e formais da sentença, conforme será demonstrado a seguir.

2.2 CONDIÇÕES ESSENCIAIS DA SENTENÇA

A sentença é o meio pelo qual o Estado confere a prestação jurisdicional ao (s) cidadão (s), em virtude da obrigação assumida na relação jurídica processual, quando este (s) exercer (em) a pretensão à tutela jurídica.

Entretanto, nem sempre a parte satisfaz os requisitos legais para obter do Estado a solução de mérito pretendida, fazendo com que o magistrado, por diversas vezes, tenha que encerrar o processo sem penetrar no núcleo da controvérsia que motivou o ajuizamento da ação.

Traz a legislação brasileira, no seu Código de Processo Civil (CPC), como requisitos essen-

11 THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 153.

12 MONTESQUIEU *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 36-37.

13 COUTURE, Eduardo J. *apud* THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Op. cit.* p. 153.

14 SITYA, Celestina Vitória Moraes. **O direito e suas instâncias lingüísticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 70.

ciais da sentença, *ipsis verbis*:

Art. 458: São requisitos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem.

Além dessas três partes, existiria ainda um quarto elemento que é o da ementa, mas esse é de uso facultativo, comumente encontrado em decisões judiciais de órgãos jurisdicionais colegiados.

No intuito de demonstrar os requisitos essenciais da sentença, de facilitar a sua visualização e de preservar a identidade do juiz e das partes do litígio, coloca-se a seguir a decisão judicial na forma prevista na metodologia, ou seja, com a divisão das 03 (três) partes mencionadas: (1) relatório, (2) fundamentação, e (3) dispositivo/parte dispositiva/conclusão; enumeração das linhas; e colocação dos nomes dos partícipes do processo no anonimato, formatação essa adotada por Virgínia Colares no artigo *O processo e a textualização do discurso jurídico*.¹⁵

(1) Relatório

LFS, qualificado nos autos, propõe ação trabalhista em face de USJ, igualmente qualificado nos autos, afirmando ter trabalhado para o reclamado, postulando os títulos elencados às fls. 04/12. Junta procuração e documentos. Notificado o reclamado, veio a juízo e não conciliou. Fixado valor ao feito. Defesa às fls. 23/27 contestando o postulado. Junta documentos. Houve (sic) os depoimentos do reclamante e da reclamada. Dispensada a produção de provas pelo Juiz. Encerrada a instrução. Os litigantes aduziram razões finais remissivas e não conciliaram. Eis o relato. DECIDE-SE:

O relatório é a parte introdutória da sentença na qual se faz a abordagem histórica de toda a relação processual, devendo conter o conteúdo previsto no inciso I, do artigo 458, do CPC destacado anteriormente.

(2) Fundamentação

1. DA LIBERDADE DE ENTENDIMENTO DO JUIZ

No vigente diploma processual civil, temos normas que atribui ao juiz amplo papel na condução e decisão, dispondo poder o julgador dirigir “o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas”, “dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica” (art. 852-D) e adotar “em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum” (art. 852-I, §1º). Talvez o ponto mais delicado do tema esteja na avaliação da prova, o que envolve os princípios da unidade e persuasão racional e sua relação com o princípio protetivo. O princípio da unidade diz que, embora produzida através de diversos meios, a prova deve ser analisada como um todo e o princípio da persuasão racional relaciona-se com a liberdade de convicção do Juiz, mas obriga-o a fundamentar a sua decisão.

A liberdade de decisão e a consciência interior situam o juiz dentro do mundo, em um lugar especial que o converte em um ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material. A autonomia de que goza, quanto à formação de seu pensamento e de suas decisões, lhe confere, ademais, uma dignidade especialíssima. Ele é alguém em frente aos demais e em frente à natureza; é, portanto, um sujeito capaz, por si mesmo, de perceber, julgar e resolver acerca de si em relação com tudo o que o rodeia. Pode chegar à autoformação de sua própria vida e, de modo apreciável, pode influir, por sua conduta, nos acontecimentos que lhe são exteriores. Nenhuma coerção de fora pode alcançar sua interioridade com bastante força para violar esse reduto íntimo e inviolável que reside dentro dele. Destarte, com a liberdade e a proporcional responsabilidade que é conferida ao Magistrado pelo Direito posto, passa esse Juízo a fundamentar o seu julgado.

15 COLARES, Virgínia. O processo e a textualização do discurso jurídico. In: SEVERO NETO, Manoel (org.). Direito, cidadania & processo. Recife: FASA, 2006. p. 209-211.

2. DA PRESCRIÇÃO

Em seu depoimento pessoal confessou o suplicante que pediu para sair do reclamado em 1982 e que depois não mais trabalhou porque ficou sem condições de labutar. A presente ação foi proposta em 22/08/2007. O art. 7º, inciso XXIX da nossa Carta Política prescreve:

Art. 7º — XXIX — ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)

Por conseguinte, face à confissão do suplicante, depoimento pessoal, temos como verdade que a relação entre os litigantes foi rompida em 1982.

Em conseqüência, considerando o lapso temporal superior a dois anos, entre o dito rompimento do contrato entre os litigantes e a propositura da presente ação, acolhemos a prescrição bienal aduzida pela defesa, para julgar improcedentes os pleitos de salário mensal, repouso semanal remunerado, domingos e feriados, registro/baixa da CTPS, aviso prévio, horas extras, diferenças salariais, salário família, salário in natura, saldo de salários, 13º salário, indenização acidentária, FGTS + 40%, FGTS e art 10, penalidades, descanso semanal remunerado sobre horas extras, PIS, INSS, imposto de renda, indenizações referidas às fls. 10 e multa do Art. 467 da CLT.

3. DA JUSTIÇA GRATUITA

No que pese o entendimento deste Juízo no tocante à Justiça Gratuita, publicado na Revista do Tribunal - Ano I, no. 03 - Biênio 94/95 - TRT - 13a. Região, fls. 43/45, face ao pronunciamento unânime do Egrégio Tribunal deste Regional, referente à matéria idêntica nos autos do Processo Nº AI-107/97, publicado no Diário da Justiça deste Estado em 27/11/97, adota-se o princípio da celeridade processual, para deferir a Justiça Gratuita postulada e conseqüentemente dispensar o demandante das custas processuais.

Os motivos de fato e de direito que geraram a convicção do magistrado deverão estar contidos na fundamentação, conforme previsto no art. 131 do CPC, o qual dispõe que, *ipsis litteris*:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Vale lembrar ainda que, em matéria de direito aplicável, o juiz não está exclusivamente vinculado aos fundamentos das pretensões das partes.

(3) Dispositivo

DISPOSITIVO

Ante o exposto, resolve a Juíza Titular da Única Vara do Trabalho de Santa Rita-PB julgar IMPROCEDENTES os termos dos pedidos formulados LFS em face de USJ

Se a tabela acima não for publicada na internet, encontra-se disponível nos autos do respectivo processo.

Ciente os litigantes. Súmula 197 do TST. Encerrou-se a audiência. E, para constar, foi lavrada a presente ata que, na forma da lei, vai devidamente assinada:

ASRR

Juíza Titular

JLM

Diretor de Secretaria

Quanto à parte dispositiva, esta é considerada o fecho da sentença. Nela está contida a decisão da lide,

podendo o magistrado “anular o processo, declarar sua extinção, julgar o autor carecedor de ação (ilegitimidade ad causam), ou julgar o pedido procedente ou improcedente”.¹⁶

2.3 Condições Formais da Sentença

Além das condições essenciais, existem também as condições formais da sentença, traduzindo-se nos termos clareza e precisão.¹⁷

A falta de clareza da sentença pode gerar ambigüidades ou equívocos, dificultando a resolução do litígio, o que inviabilizaria a concretização da função do Estado, representada pela figura do juiz, que é a realização ou aplicação do direito.¹⁸

Já a falta de precisão pode tornar a sentença inexecutável, ou seja, que não seria passível de execução, de ser realizada na sua integralidade.

3 Resultados e Discussão

Mais adiante, serão feitas colocações críticas tomando-se por base a referência de fragmentos e as escolhas lexicais presentes na decisão judicial escolhida.

Ao se analisar essa decisão judicial autêntica, foram identificadas várias escolhas lexicais no discurso do magistrado, dentre as quais se destacam algumas adjetivações de substantivos, orientando para um grau maior ou menor de subjetividade acerca da atuação dos juízes e poder assim “produzir diversos efeitos de sentido ligados à referência”.¹⁹

Para efeito de exposição, de melhor visualização e de analisar criticamente esse discurso, tornou-se conveniente a divisão da decisão judicial supracitada em fragmentos.

do bem comum” (art. 852-I, §1º). Talvez o ponto mais delicado do tema esteja na avaliação da prova, o que envolve os princípios da unidade e persuasão racional e sua relação com o princípio protetivo. O princípio da unidade diz que, **embora** produzida através de diversos meios, a prova deve ser analisada como um todo e o princípio da persuasão racional relaciona-se com a **liberdade de convicção do Juiz, mas obriga-o a fundamentar a sua decisão**.

Fragmento 1

Destaca-se no fragmento supra que a magistrada aponta certo descontentamento com a necessidade de fundamentação de suas razões de decidir, o que se percebe com o uso do verbo obrigar (linha 19), em contraposição ao sentimento da mais ampla liberdade de agir dos juízes, exaustivamente enfatizado. Portanto, resigna-se por haver limites impostos pelo sistema jurídico posto norteadores à sua atuação, conforme se observa com o uso das conjunções “embora” (linha 17) e “mas” (linha 18).

A liberdade de decisão e a consciência interior situam o **juiz** dentro do mundo, em um lugar especial que o converte em **um ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material**. A autonomia de que goza, quanto à formação de seu pensamento e de suas decisões, lhe confere, ademais, uma **dignidade especialíssima**. Ele é alguém **em frente aos demais e em frente à natureza**; é, portanto, um sujeito capaz, **por si mesmo**, de perceber, julgar e resolver acerca de si em relação com tudo o que o

Fragmento 2

Ao afirmar que o juiz é “um ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material” (linha 21), e, em especial, ao utilizar o termo “material”, como modificador com função adjetiva do

16 THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Op cit.* p. 510.

17 THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Op cit.* p. 510-511.

18 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira. 10. ed. Lisboa: Almedina, 1999. p. 215.

19 PINTO, Milton José. **As marcas lingüísticas da enunciação**: Esboço de uma gramática enunciativa do português. Rio de Janeiro: Numen, 1994. p. 53.

substantivo “ser” (linha 21), bem assim as expressões “dignidade especialíssima” (linha 23), “em frente aos demais e em frente à natureza” (linha 23); e “por si mesmo” (linha 24), fazem crer, de acordo com a magistrada, que os demais colegas de trabalho são seres que possuem o total conhecimento das coisas e dos saberes em geral, sendo, por isso, superiores às demais criaturas, subordinando-se apenas ao Criador – Deus.

rodeia. Pode chegar à autoformação de sua própria vida e, de modo apreciável, pode influir, por sua conduta, nos acontecimentos que lhe são exteriores. Nenhuma coerção de fora pode alcançar sua interioridade com bastante força para violar esse reduto íntimo e inviolável que reside dentro dele.

Fragmento 3

Na linha 25, entende a Juíza que a formação didática própria de um magistrado não necessita de outras visões e/ou interpretações além da sua. Sendo assim, auto-suficiente.

A seguir, nas linhas 26 e 27, completa o raciocínio anterior com base no princípio da formação do livre convencimento, contido no suso mencionado art. 131 do CPC, visto que não deveria se deixar influenciar por fatores externos no momento em que estivesse aplicando os seus conhecimentos pessoais para formar a sua convicção.

Destarte, com a liberdade e a proporcional responsabilidade que é conferida ao Magistrado pelo Direito posto, passa esse Juízo a fundamentar o seu julgado.

Fragmento 4

Das linhas 28 e 29, aduz-se que cabe ao juiz uma parcela de responsabilidade que é a de julgar o caso concreto com base nas informações trazidas aos autos pelas partes, estas últimas detentoras da outra parcela de responsabilidade que é a de justamente fornecer os dados corretamente, a fim de possibilitar um julgamento mais digno e aceitável, uma vez que, o seu julgamento foi absoluto, irretocável, adequado, em face do que lhe foi apresentado.

Em seu depoimento pessoal confessou o suplicante que pediu para sair do reclamado em 1982 e que depois não mais trabalhou porque ficou sem condições de labutar.

Fragmento 5

Da leitura da linha 31 do fragmento destacado acima, pode-se perceber que o uso pela magistrada do determinante “o” e do substantivo “suplicante” tem o condão de pretender deixar clara a situação de hipossuficiência do autor, pois a expressão suplicante foi usada como antônimo de reclamado, quando o correto é o uso do binômio reclamante/reclamado. Tal fato denota que o jurisdicionado não é alguém que vai buscar a declaração dos seus direitos, mas alguém que, impotentemente, suplica pela concessão dos mesmos.

No que pese o entendimento deste Juízo no tocante à Justiça Gratuita, publicado na Revista do Tribunal - Ano I, no. 03 - Biênio 94/95 - TRT - 13a. Região, fls. 43/45, face ao pronunciamento unânime do Egrégio Tribunal deste Regional, referente à matéria idêntica nos autos do Processo Nº AI-107/97, publicado no Diário da Justiça deste Estado em 27/11/97, adota-se o princípio da celeridade processual, para deferir a Justiça Gratuita postulada e conseqüentemente dispensar o demandante das custas processuais.

Fragmento 6

Depreende-se da frase presente na linha 48, “no que pese o entendimento deste Juízo no tocante à Justiça Gratuita”, que a magistrada é contrária à concessão da justiça gratuita. Todavia, para demonstrar sua superioridade e irretocável formulação das suas decisões, “submete-se” a mudar o seu pensamento, em face da concessão unânime pelo órgão jurisdicional de segunda instância.

Ainda nesse tópico, ratifica a sua posição ao lembrar que o seu entendimento acerca da concessão da justiça gratuita foi objeto de publicação em revista especializada, demonstrando assim, a sua condição de “doutrinadora”.

Se a tabela acima não for publicada na internet, encontra-se disponível nos autos do respectivo processo.

Fragmento 7

Ao longo da fundamentação, conforme destacado nos fragmentos acima, a magistrada se coloca como um ser auto-didático e superior aos demais, considerando-se até mesmo infalível nas suas decisões. Contudo, esquece-se que um dos fundamentos do duplo grau de jurisdição²⁰, a saber, é a falibilidade humana quando dos julgamentos monocráticos.

Aliás, para destacar tal fato, apresenta-se como produto dos recursos facilitadores da informática, o excerto “se a tabela acima não for publicada na internet, encontra-se disponível nos autos do respectivo processo” (linha 57) que não guarda correlação alguma com a matéria tratada na sentença, faltando assim coesão²¹ entre o ponto destacado e o discurso da magistrada.

4 CONCLUSÕES

Possivelmente, pode-se afirmar que os objetivos traçados inicialmente foram atingidos, visto que durante a exposição do trabalho, nota-se que houve a identificação das escolhas lexicais implícitas no discurso jurídico da magistrada.

Do mesmo modo, procurou-se abordar a ACD da maneira como estava prevista no primeiro objetivo específico.

Contudo, a discussão, acerca das conseqüências jurídicas quanto ao uso das escolhas lexicais nos enunciados constitutivos do discurso decisório pelos operadores do direito e a importância desse uso para o ordenamento jurídico, será concluída a seguir no momento mais oportuno para o desfecho da matéria.

Tentou-se fazer com que a metodologia fosse coerente e meticulosamente seguida à risca, quanto à formatação da decisão judicial autêntica.

A partir dos pressupostos teóricos foi possível notar que um discurso não pode ser tomado separadamente do seu contexto. Tal discurso pode ser interpretado a partir da visualização dos fatores sociais e ideológicos que o norteiam naquele dado momento.

Viu-se ainda uma breve descrição no que se refere à função do magistrado de um modo geral, para assim poder adentrar no assunto acerca das condições essenciais e formais da sentença.

Quanto às condições essenciais, explicou-se que são itens obrigatórios daquela modalidade decisória do juiz: o relatório, a fundamentação e o dispositivo. A ausência de qualquer um deles acarreta a nulidade desse ato decisório.

Por outro lado, quanto às condições formais da sentença, têm-se a clareza e a precisão.

Não restam dúvidas de que a sentença deve ser clara, a fim de evitar ambigüidades e equívocos, pois, caso contrário, não estaria atingindo o objetivo maior que é o de pacificar os litígios.

E deve ainda ser precisa, uma vez que deve gerar a certeza, como ato de inteligência e vontade, solucionando-se as lides postas à apreciação em juízo. A sentença é, portanto, incompatível com a dúvida e deve se ater aos limites do que é pedido pela parte.

Conforme pôde ser visto, o discurso da magistrada está permeado pelas escolhas lexicais utilizadas para construir o seu discurso jurídico que deveria deixar transparecer um caráter de imparcialidade.

Analisar essas escolhas lexicais é importante, pois assim se torna possível compreender a atuação do

20 Duplo grau de jurisdição é a análise das decisões monocráticas de primeiro grau pelos órgãos colegiados dos tribunais.

21 Acerca desse termo, veja-se PEDROSA, Cleide Emília Faye. Análise crítica do discurso: uma proposta para a análise crítica da linguagem. **Cadernos do CNLF**. v. IX, n. 03. Rio de Janeiro: Círculo Fluminense de Estudos Filológicos e Lingüísticos, 22-26 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.filologia.org.br/ixcnlf/3/04.htm>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2008.

magistrado (lembrando que ele é um indivíduo como qualquer outro, apenas cumprindo um poder-dever como representante do Estado), quanto à sua função de julgar indivíduos, às suas deficiências e virtudes, às influências trazidas por suas decisões para o ordenamento jurídico e aos valores pessoais do julgador.

E quanto aos valores pessoais do julgador, dentro da perspectiva da ACD como instrumento de análise do indivíduo na sua comunicação verbal, vale destacar as impressões interna e externa, as quais a magistrada deixou transluzir no seu discurso.

No que tange à impressão interna da magistrada, explicitada pelos instrumentos das escolhas lexicais, ela foi negativa. Por outro lado, no que se refere à impressão externa, ou seja, a imagem social passada pela juíza, após a divulgação da sua sentença com repercussão nacional e com conseqüências jurídicas, igualmente, pôde-se concluir que também foi negativa.

Por fim, vale ressaltar que a ACD tem cumprido um importante papel para o desenvolvimento do intelecto dos acadêmicos de diversas outras disciplinas, face o seu caráter multifacetário, ou seja, interdisciplinar.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira. 10. ed. Lisboa: Almedina, 1999.

BRASIL. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 17 de janeiro de 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2008.

BRASIL. Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Decisão de 1º Grau. Disponível em: <http://www.trt13.gov.br/iquery/consulta/ConsultaDadosClasseForm.do?select_action=&nu_processo=01718&nu_ano=2007&nu_vara=027&sq_processo=00#>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2008.

COLARES, Virgínia. O processo e a textualização do discurso jurídico. In: SEVERO NETO, Manoel (org.). Direito, cidadania & processo. Recife: FASA, 2006. p. 205-219.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MUSSALIM, Fernanda; BENTES, Anna Christina (Orgs.). Introdução à lingüística: domínios e fronteiras. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

PINTO, Milton José. As marcas lingüísticas da enunciação: Esboço de uma gramática enunciativa do português. Rio de Janeiro: Numen, 1994.

SITYA, Celestina Vitória Moraes. O direito e suas instâncias lingüísticas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WODAK, Ruth. Do que trata a ACD - um resumo de sua história, conceitos importantes e seus desenvolvimentos. In: CALDAS- COULTHARD, Carmen Rosa; FIGUEIREDO, Débora de Carvalho. Linguagem em discurso. v. 1, n. 1. Tubarão: UNISUL, 2000. p. 223-243.

A DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO FRENTE AOS BENS JURÍDICOS INTEGRIDADE FÍSICA E SAÚDE

Angela Simões de Farias

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Professora Adjunta da Universidade Católica de Pernambuco e Membro do Ministério Público de Pernambuco.

Camila Andrade dos Santos

Bacharel em Direito formada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco e Monitora da disciplina de Direito Penal III.

Elizabeth Cristina Cruz Brito Ferreira

Aluna da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco e Monitora da disciplina de Direito Penal III.

Resumo: O intuito desse estudo é entender como determinadas disposições do próprio corpo são interpretadas pela ótica jurídico-penal. As lesões desportivas, a aplicação de piercings, a realização de tatuagens, as operações para mudança de sexo, as doações de órgãos e o encurtamento da vida de doentes terminais são estudados à luz da teoria do bem jurídico e da ordem principiológica. Isso demonstra que, diante das situações aqui descritas, o princípio da legalidade estrita revela-se insuficiente para o entendimento do tema, necessitando-se de outros elementos para a sua compreensão.

Palavras-chave: Bem Jurídico. Disponibilidade do próprio corpo, elementos de interpretação.

Abstract:

The purpose of this study is to understand how certain disposition of the own body are interpreted by legal criminal optics. The sports injuries, application of piercings, tattoos making, the operations for changing sex, organ donations and the shortening the life of terminally ill patients are studied in the light of the legal asset theory and of the principled order. This demonstrates that, when it comes to the situations proposed here, the principle of strict legality is insufficient for understanding the theme, requiring other elements for its comprehension.

Key Words: Legal asset. Availability of own body. Elements of interpretation.

Sumário: Introdução. 1. A Disponibilidade do Próprio Corpo Face ao Bem Jurídico. 2. Relativização do bem jurídico: uma análise principiológica. 3. Conclusões Finais.

Introdução

O objetivo do presente estudo é analisar as várias situações frente à disponibilidade/ou indisponibilidade da integridade física e da saúde. São aqui mencionadas algumas dessas situações: as lesões desportivas, a aplicação de *piercings*, a realização de tatuagens, as operações para mudança de sexo, as doações de órgãos, e demais mecanismos de modificação corporal, como também, o encurtamento da vida de doentes terminais.

Essas são questões recorrentes na atualidade e têm uma ligação estreita com o instituto do bem jurídico. Por pressuposto, toda norma penal possui um objeto de tutela e todo delito um objeto jurídico¹.

1 POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico em la teoria del delito*. Argentina: Mave, 2000, p.550.

Como diz ALCÁCER Guirao² epistemologicamente, o Direito³ contempla o bem jurídico, não como uma observação naturalística, pertencente ao âmbito do ser. Mas, sim, num processo de decisão normativa, pertencente ao âmbito do dever-ser. Para clarear essa noção fundamental situando o bem jurídico nesse contexto, a ideia central é de que a conduta humana só se transforma num injusto penal quando lesiona um bem jurídico. A violação de uma norma moral ou ética é insuficiente para se constituir um tipo penal, necessitando a ideia da lesão ao bem jurídico⁴.

Essa problemática, também, converge para uma grande controvérsia ético-jurídica. No que pese o reconhecimento da importância do enfrentamento ético da questão, será aqui, predominantemente tratado o seu aspecto jurídico penal.

1 – A Disponibilidade do Próprio Corpo Face ao Bem Jurídico

Segundo Luís Regis Prado⁵, a noção de bem jurídico “*implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de um determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento humano.*”

Ao falar em “*relevância para o desenvolvimento humano*”, o autor quis afirmar a finalidade maior da ordem jurídica. Em um Estado Democrático de Direito, a criminalização de certos comportamentos humanos está adstrita a insuficiência dos outros ramos do direito em tutelar os bens violados, fazendo jus ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal.

A noção de bem jurídico nem sempre foi a mesma. Ao longo do tempo, diversas teorias surgiram para explicar como se daria a interação entre indivíduo, bem jurídico ofendido e Estado, influenciadas pelo contexto sócio-político e sócio-histórico de sua origem. Ante a variação de concepções, revela-se o sentido e estágio atual do conceito de bem jurídico. No entanto, no que pese o reconhecimento dessa importância, atribuiremos a esse assunto a preponderância do valor histórico. Razão pela qual fixaremos a análise nas funções do bem jurídico.

O bem jurídico desempenha diversas funções. Quer se identificando ou distinguindo os conceitos de interesse e bem jurídico, esclarece POLAINO NAVARRETE⁶ que todo interesse denota a existência de uma relação entre um bem e um sujeito através do que um objeto ou um estado chegam a constituir um bem para um determinado indivíduo.

Interessa ressaltar as funções mais importantes para o estudo do presente trabalho.

Ab initio, destacamos a **Função Garantista** do bem jurídico. Tal função revela-se na medida em que proporciona a compatibilização do direito de punir do Estado com a liberdade de cada indivíduo. A incriminação de determinadas condutas não mais fica ao livre arbítrio do legislador, mas passa a se subordinar a certas exigências.

Apenas as condutas mais graves, que lesionem os bens jurídicos reputados mais importantes, é que devem ser tipificadas pelo legislador. Por esse motivo, tal função é também conhecida como **Limitadora**, pois limita o jus puniendi estatal, evitando sua expansão desnecessária e impedindo que proceda a uma seletividade aleatória dos bens a serem tutelados.

A esse respeito, aduz Luís Flávio Gomes:

“... no que concerne ao aspecto político criminal do princípio em questão, parece oportuno sublinhar as seguintes dimensões de garantia: (a) a de impedir o arbítrio e a degeneração do poder punitivo; (b) a de servir de barreira contra a abusiva expansão do Direito Penal; (c) a de permitir o controle do conteúdo da lei penal.”⁷

Diz-se que o bem jurídico possui, também, uma **Função Exegética**, uma vez que auxilia na interpretação das normas jurídico-penais. Algumas vezes, uma mesma conduta pode gerar dúvida acerca do

2 ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Sobre el concepto de delito: ¿ lesión del bien jurídico o lesión de deber ?** 1ª. Ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p.103.

3 No sentido do conjunto de normas jurídicas objetivamente consideradas.

4 HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2005, p. 56.

5 PRADO, Luís Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: RT, 2003, p.63.

6 POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El injusto típico em la teoría del delito**. Argentina: Mave, 2000, p. 345.

7 GOMES, Luís Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**, v. 6. São Paulo: RT, 2002, p. 30.

enquadramento em mais de um tipo penal. Para solucionar tal questão, recorre-se ao exame do bem jurídico lesado ou exposto a perigo pelo agente.

Nos dizeres de Polaino Navarrete, o bem jurídico é “um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e seu alcance à finalidade de proteção de certo bem jurídico, não sendo possível interpretar, nem por via de consequência conhecer, a lei penal, sem lançar mão da ideia de bem jurídico.”⁸

Portanto, observa-se que o bem jurídico constitui o elemento central do tipo penal, determinando o alcance de cada norma em relação àquilo que ela tem por fim defender.

Na **Função Individualizadora**, o bem jurídico, por sua vez, serve como um dos critérios de dosimetria da pena - no momento de sua fixação - uma vez que leva em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico.⁹

Por isso, deve o juiz, ao fixar a pena, avaliar o maior ou menor desvalor do resultado. A pena aplicada deve ser proporcional à dimensão da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

A **Função Sistemática** objetiva orientar o operador do direito no sentido de encontrar o tipo penal mais adequado à ofensa perpetrada. Em razão disso, a norma penal sistematiza cada conduta tipificada de modo a abarcar diferentes formas de agredir ou vilipendiar o bem jurídico.

Do exposto, observa-se que o bem jurídico funciona como um critério de agrupamento de crimes.¹⁰ Remete-se a ele como um elemento classificatório determinante de cada categoria dos tipos penais, de acordo com ofensa ao referido bem.

A **Função Crítica** manifesta-se na opção do legislador em ter escolhido tutelar certo bem jurídico em detrimento de outros. Ao se indagar acerca do porquê de tal decisão legislativa, surge então um olhar crítico sobre a matéria.

Por ser de relevância para o tema abordado, interessante ressaltar que, hodiernamente, o entendimento de diversos juristas críticos é no sentido de que o conceito de bem jurídico deve ser adstrito aos direitos e garantias individuais. Segundo Juarez Cirino dos Santos, é excluída dessa noção a criminalização da vontade de poder, de papéis sistêmicos, do risco abstrato ou de interesses difusos¹¹.

O mencionado autor afirma, ainda, que o direito penal de fato é pautado pela lesão a um bem jurídico e pela culpabilidade - fundamento da medida da pena. Dessa forma, a posição adotada por ele e pelos demais juristas críticos define o bem jurídico como limitador do *jus puniendi* estatal.

No que diz respeito às concepções e perspectivas acerca do bem jurídico, muitas correntes se desenvolveram ao longo do tempo. Cabe trazer a baila as mais importantes.

De acordo com a **Concepção Liberal**, ligada ao individualismo de Feuerbach, só há crime se houver lesão a um bem jurídico circunscrito na esfera jurídica de um determinado indivíduo. Com isso, apenas os valores e interesses subjetivos poderiam ser lesionados e, por conseguinte, tutelados.

Já os adeptos da **Concepção Metodológica** enxergam o bem jurídico como um instrumento de interpretação dos tipos legais, ou seja, possuidor de uma função interpretativa. O bem jurídico tem como papel fundamentar a intervenção do Direito Penal.

Em contraposição à concepção liberal, os adeptos da **Concepção Social** afirmam que, independentemente dos valores e interesses estarem concretizados na esfera jurídica de um indivíduo, os bens jurídicos são vistos sob uma ótica social, como bens universais pertencentes à coletividade.

Segundo a **Concepção Funcional** dos bens jurídicos, os mesmos desempenham funções para o desenvolvimento da própria sociedade. Seria uma combinação de valores fundamentais, encontrados, *a priori*, na Constituição Federal.

2 - Relativização do bem jurídico: uma análise principiológica.

Cumpre, inicialmente, tecer algumas considerações atinentes a aspectos hermenêuticos. Interpretações meramente subsuntivas e, portanto, restritas à literalidade da lei, foram de extrema importância no

8 NAVARRETE, Polaino *apud* Prado, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 48.

9 PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.49.

10 BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 18.

11 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p.16.

contexto da emergência positivista, em que a estrita legalidade representava a possibilidade de segurança jurídica e, destarte, uma garantia.

Atualmente, entretanto, o princípio da legalidade estrita, de ampla importância na esfera penal, deve ser analisado em atenção a outros elementos, inclusive de ordem principiológica. A interpretação literal, que, num determinado momento, representou uma conquista, se levada a cabo na atual conjuntura, pode mostrar-se desconectada do contexto fático, bem como incompatível com preceitos garantistas. Entende-se, portanto, que o processo interpretativo deve levar em consideração aspectos das mais diversas ordens, procurando-se dispensar tratamento adequado, reflexivo e, assim, desvinculado de noções simplistas e reducionistas.

No que concerne à tutela penal, impende proceder-se a uma relativização do bem jurídico protegido em prol do arcabouço principiológico norteador da esfera em comento, na perspectiva de preterirmos posturas exacerbadamente punitivas e claramente anacrônicas.

Modernamente, possui ampla aplicabilidade o princípio da adequação social. Consoante Welzel, não há que se tipificar condutas desprovidas de certa carga negativa e de relevância social. Nesse sentido, o direito penal estaria atrelado a uma seleção de comportamentos, devidamente valorados, de modo que condutas recorrentes e socialmente adequadas não constituiriam fatos típicos¹².

Em outros termos: a mera subsunção formal ao texto da lei não tem o condão de emprestar aspecto criminoso a determinada conduta. Devem-se levar em conta elementos extrajurídicos, a saber, a existência de prática reiterada, desde que acobertada por certo nível de aceitação social. Considera-se, portanto, uma compatibilidade com “*a ordem social da vida historicamente condicionada*”¹³. Forçoso salientar que se exige que seja a conduta tão somente tolerada, englobada pela zona de liberação social, não sendo condição revestir-se de caráter exemplar¹⁴.

É o caso, por exemplo, das lesões desportivas. O sujeito que se envolve com determinada atividade esportiva expressa anuência à possibilidade de uma eventual lesão, compreendendo tratar-se de risco inerente à prática. Tal assentimento é de sobrelevada importância, mormente, em se tratando de atividades necessariamente violentas, a exemplo do pugilismo e dos esportes de combate em geral. Exige-se, todavia, que a lesão seja decorrente de conduta permitida ou tolerada na atividade em comento e, portanto, revestida de aceitabilidade, posto que eventuais excessos estejam sujeitos à incidência do ramo penal.

Para que se configure a contrariedade ao Ordenamento Jurídico e às regras essenciais de convivência, há que se verificar, no fato analisado, o desvalor da ação e o desvalor do resultado. A consideração de tais elementos expressa o enaltecimento da tipicidade material, cuja análise extrapola a mera formalidade hermenêutica. Tal concepção parte de uma interpretação teleológico-restritiva dos tipos penais, vinculada a fatores extrajurídicos de abrangência ético-social e política¹⁵.

Significa, portanto, que um resultado, embora aprioristicamente lesivo e capaz de contrariar o estado das coisas, não terá, necessariamente, repercussões jurídicas no plano penal, uma vez que o desvalor do resultado passa pela análise da conduta enquanto socialmente adequada¹⁶.

Impede transcrever o posicionamento doutrinário em que a conduta do autor aparece como algo normal, conforme determinado lugar e período histórico-cultural, ou ao menos tolerada, acabando a necessidade da pena, que político-criminalmente só se justifica, quando em jogo está a convivência social frente a ataques socialmente perturbadores e transcendentais para bens jurídicos de grande importância.¹⁷

Discute-se qual seria, uma vez verificada a adequação social de determinada conduta, a consequência jurídica dela decorrente. Não é possível vislumbrar entendimento pacífico na doutrina.

Para determinados autores, tal circunstância teria o condão de afastar a tipicidade da conduta, uma

12 BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49.

13 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume 1, parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 149.

14 WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1970, p. 85.

15 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume 1, parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp 150-151.

16 *Op. cit.*, p. 153.

17 GOMES, Luiz Flávio et MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal**: parte geral. v. 2. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 235.

vez que o requisito da relevância social integraria seus componentes. Outros, por sua vez, entendem tratar-se de hipótese capaz de excluir o injusto, dada a ausência da contrariedade ao Ordenamento¹⁸. O próprio enunciador do princípio, o penalista Hans Welzel, expressou a dificuldade em fixar uma consequência específica, alternando inúmeras vezes entre diversos posicionamentos. Finalmente, concluiu tratar-se de princípio geral de interpretação¹⁹, entendimento que é, hoje, amplamente sustentado.

A aplicação do princípio retro analisado pode, ainda, ser feita em harmonia com o princípio da insignificância ou da bagatela. Consoante Claus Roxin, em função das consequências gravosas decorrentes da incidência penal, deve-se limitar a aplicação de tal ramo às situações em que se configure relevante agressão ao bem jurídico tutelado. O caráter ínfimo do dano gerado teria, pois, o condão de afastar a tipicidade da conduta, haja vista sua pouca ou nenhuma relevância no plano social²⁰.

A importância de tal princípio está relacionada à noção de proporcionalidade, uma vez que somente condutas graves justificam a drástica intervenção estatal. Sendo assim, retomando questões sociológicas e interpretativas, tem-se que a mera subsunção formal ao tipo, desvinculada de uma relevância material da conduta, não enseja a configuração da tipicidade²¹. Esta resta afastada, posto que ausente o desvalor do resultado²², o qual deve ser aferido de acordo com o grau de intensidade com que foi lesado o bem jurídico²³.

Destaque-se, ainda no que pertine à insignificância, que se trata de conceito extremamente fluido²⁴ e, por conseguinte, desprovido de especificidade. Sua valoração deve considerar globalmente a ordem jurídica, levando em conta os fundamentos que dão sentido à elaboração normativa²⁵, bem como o contexto pontual no qual o referido princípio será aplicado.

Embora uma hipótese de insignificância não esteja necessariamente atrelada à adequação social, é frequente que se verifique o inverso. Em outros termos: uma lesão pode ser considerada contrária ao ordenamento e repelida pela sociedade, entretanto, dada a mínima lesividade, restará afastada a incidência penal, em função do princípio da insignificância; por outro lado, em situações bastante recorrentes, a insignificância tem o condão não somente de excluir efeitos penais, mas de conferir à conduta o aspecto de “socialmente adequada”, não se descartando, por óbvio, a existência de outros fatores que proporcionem tal adequação.

A aplicação de *piercings*, realização de tatuagem e demais mecanismos de modificação corporal são situações clássicas nas quais se observa a incidência dos princípios em tela. Além de atingirem de maneira ínfima a integridade física, não gerando seu efetivo comprometimento, tais práticas estão acobertadas pela ampla aceitação social, fruto das condutas reiteradas e do sentido culturalmente conferido, qual seja, o de individualização.

Precisa-se levar em conta que, não obstante os princípios em análise não se confundirem com o princípio da subsidiariedade ou intervenção mínima, este último reforça a importância global de enaltecermos os anteriores. Isto porque, ao exaltarmos a necessidade de um Direito Penal Mínimo, compatível com a noção de *ultima ratio legis*, estamos concomitantemente destacando a imprescindibilidade dos princípios da adequação social e da insignificância, posto que correlatos.

3 – Considerações Finais

Diante de situações e possibilidades da disposição do próprio corpo apresentam-se vários mecanismos por meio dos quais o Estado pode enfrentar esses acontecimentos.

Todos esses mecanismos, ao fim e ao cabo, têm por objetivo restringir o exacerbado punitivismo, que, modernamente, é considerado nocivo no plano político-criminal. Busca-se, portanto, emprestar ao Direito Penal o caráter de último recurso, aplicável tão somente em face de agressões expressivas e socialmente inadequadas a bens essenciais, diante das quais os demais ramos do Direito mostram-se incapazes de oferecer

18 RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1978, p. 262.

19 JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. v. 1. Barcelona: Bosch, 198, p. 343.

20 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume 1, parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 154.

21 BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

22 PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p.155.

23 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*

24 PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*

25 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**: Parte General. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991, 475 p.

solução satisfatória²⁶.

Observa-se, em síntese, que, à análise meramente subsuntiva e à tipicidade formal, contrapõem-se o Direito Penal Mínimo e a tipicidade penal. Esta última aponta o fato típico enquanto atrelado ao grau de relevância da conduta na sociedade, levando em consideração, ainda, questões de ordem sociológica e criminológica. É, pois, a consagração do viés principiológico, norteador do ordenamento jurídico vigente, no qual os meros formalismos cedem espaço para perspectivas holísticas e reflexões voltadas à observância de princípios.

REFERÊNCIAS:

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Sobre el concepto de delito: ¿ lesión del bien jurídico o lesión de deber ?** 1ª. Ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GOMES, Luís Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**, v. 6. São Paulo: RT, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio et MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal: parte geral**. v. 2. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris ed., 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. v. 1. Barcelona: Bosch, 1981.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El injusto típico em la teoria del delito**. Argentina: Mave, 2000.
- NAVARRETE, Polaino *apud* Prado, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- PRADO, Luís Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: RT, 2003.
- _____. **Curso de direito penal brasileiro: volume 1, parte geral, arts. 1º a 120**. 7. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1978.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 11. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal: Parte General**. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

ANÁLISE DE INSTRUMENTOS EFICAZES NO COMBATE À MOROSIDADE PROCESSUAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO ESTADO DE PERNAMBUCO

José Mário Delaiti de Melo

Advogado, Graduado em Direito pela Faculdade Integrada do Recife (FIR), Graduado em Administração pela Universidade de Pernambuco (UPE), Graduado em Teologia Eclesiástica pela Faculdade Internacional de Teologia Gospel (FG), Pós-graduado em Direito Administrativo pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá (FIJ), Pós-graduando em Direito Civil pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá (FIJ), Mestrando em Teologia pela Faculdade Internacional de Teologia Gospel, Conciliador do TJPE.

RESUMO

Este artigo pretende abordar brevemente as possíveis causas que dificultam a celeridade processual ocasionando sérios prejuízos à sociedade. Em sequência, será apresentada uma trama de informações sobre o advento da Lei 9.099/95 e o surgimento dos Juizados Especiais Cíveis que desde o seu marco inicial com nome de Juizados de Pequenas Causas, vem buscando dar solução as demandas de menor complexidade com causas de até quarenta salários-mínimos. Por fim apontaremos sugestões como soluções jurídicas com intuito de minimizar a morosidade no acesso à Justiça.

Palavras-chave: Juizados Especiais Cíveis - Celeridade - Morosidade

ABSTRACT

This article intends to briefly discuss the possible causes that hinder the speed of the procedure causing serious harm to society. As a result, you will see a plot of information about the advent of Law 9.099/95 and the emergence of the Special Civil Courts since its March initial name Small Claims Court, is seeking to solve the demands with less complex causes up to forty minimum wages. Finally we will point out suggestions as to legal remedies to minimize the delay in access to justice.

Keywords: Small Claims Courts - Speed - Slowness

Acesso à Justiça e a efetividade do processo NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Há muito tempo, a sociedade vem ressentindo a morosidade na solução dos conflitos mesmo em casos menos complexos. Devido a essa problemática inicialmente surgiu o Juizado de pequenas causas com o advento da Lei 7.244/84, hoje com a Lei 9099/95 é conhecido como Juizado Especial Cível, cujo rito sumaríssimo busca a celeridade processual já há quinze anos.

Cappelletti, por sua vez, foi um dos mais dedicados ao estudo do acesso à Justiça, apesar de achar difícil definir o tema, afirmou que a justiça se dividia em duas finalidades básicas do sistema jurídico, uma pela qual as pessoas podem reivindicar os seus direitos resolvendo ou não os seus litígios perante o Estado, e outra a produção de resultados que sejam individual e socialmente justos.¹

O acesso à justiça, para Cappelletti, deve ser o garantidor dos direitos fundamentais do ser humano, de forma que as despesas processuais e o tempo de espera não cheguem a prejudicar a razo-

1 OLIVEIRA, André Macedo de. Democratizando o acesso à justiça. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2172>

bilidade na solução dos litígios, envolvendo, principalmente, o hipossuficiente da relação. O autor italiano acrescenta sobre a existência de dois sistemas facilitadores no referido acesso: o *judicare* que possibilitava o advogado particular ser remunerado pelo Estado e outro sistema com criação de escritórios especializados para auxiliar a população carente de recursos também com subsídios do governo.²

Sabe-se que a demora nas decisões judiciais pode causar grandes prejuízos para as partes além de provocar o abandono das causas pelos economicamente mais fracos.³

Com o surgimento dos Juizados pretendia-se a ocorrência de menor intervalo possível entre a ofensa ao direito e a reposição das coisas, na concepção de que de fato houvesse Justiça.⁴

Os instrumentos assecuratórios da efetiva celeridade buscaram concentrar as fases processuais de forma que todos os incidentes processuais fossem arguidos e decididos em um só momento (na audiência) impedindo assim, expedientes procrastinatórios.

Outro ponto fundamental é a valorização da decisão de primeiro grau, com a redução aos meios recursais no intuito de minimizar o tempo na solução casuística, uma também para impedir o recurso como meio meramente protelatório do cumprimento da decisão judicial.

Desde o surgimento dos Juizados, mantém-se a isenção de custos nas decisões de primeiro grau, diferente ocorre no caso de recurso por ser ato oneroso, devido à preocupação em que a decisão seja proferida, e efetivamente cumprida, dentro do menor tempo possível.

Cabe salientar que não se deve considerar os Juizados Especiais como uma *Justiça de segunda classe*, simplesmente por não existir nenhum indício de diminuição. Inclusive a prestação jurisdicional desta entidade é aberta a todas as classes sociais na busca da efetiva celeridade processual.⁵

Entende-se plausível tal entendimento de que não se deve banalizar a atuação dos Juizados por serem órgãos julgadores de causas de menor complexidade, o que interessa é obter em menor tempo possível a solução para os conflitos de causas até quarenta salários mínimos.

Partindo da premissa que mudanças urgentes devem ser tomadas na estrutura administrativa da justiça, principalmente nos Juizados Especiais, afirma-se que não se pode temer o novo, o que acarretaria uma inconstitucionalidade por omissão.⁶

Em sentido *latu sensu*, os princípios se sobrepõem a norma, e nos Juizados Especiais em geral esse entendimento não é diferente, uma das características marcantes é a busca incessante

2 CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Fabris. Porto Alegre, p.40, 2005.

"As vantagens dessa sistemática (advogados remunerados pelos cofres públicos) sobre a do *judicare* são óbvias. Ela ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres. Ademais, ela pode apoiar os interesses difusos ou de classe das pessoas pobres. Esses escritórios, que reúnem advogados numa equipe, podem assegurar-se as vantagens dos litigantes organizacionais, adquirindo conhecimento e experiência dos problemas típicos dos pobres. Advogados particulares, encarregados apenas de atender a indivíduos, geralmente não são capazes de assegurar essas vantagens. Em suma, além de apenas encaminhar as demandas individuais dos pobres que são trazidas aos advogados, tal como no sistema *judicare*, esse modelo norte-americano: 1) vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos e 2) cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe."

3 LIMA JUNIOR, Jose Carlos fala por Cappelletti e Garth. Acesso à Justiça. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=13901>. "Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão executável. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de "um prazo razoável" é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível."

4 TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais (comentários à Lei 9.099/1995) p. 41, 2009. "Com a entrada em vigor da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 (DOU 27.09.1995, p.15.034-15.037), que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, introduziu-se no mundo jurídico um novo sistema ou, ainda melhor, um microsistema de natureza instrumental e de instituição constitucionalmente obrigatória (o que não se confunde com a competência relativa e a opção procedimental) destinado à rápida e efetiva atuação do direito (...) os Juizados Especiais não são uma novidade no sistema jurídico brasileiro, seja em nível federal (CF, art. 98, I, e Lei 7.244/1984) ou estadual (...) Essa nova forma de prestar jurisdição significa, antes de tudo, um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à liberação da indesejável litigiosidade contida."

5 TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Idem, p. 42.

"Os Juizados Especiais não podem ser considerados uma *Justiça de segunda classe*, portanto não refletem nenhum indicativo capaz de importar um desprestígio ou diminuição. Ao contrário, a faixa valorativa de limitação que atingirá o interesse de todas as classes sociais(...)"

6 TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, Idem, Ibidem.

"Não podemos ter receio da aplicação do novo sistema, pelo contrário, trata-se de dar um passo avante na busca incansável da melhor prestação de uma tutela jurisdicional, com maior agilização, funcionalidade e rápida efetivação do processo. A lentidão excessiva na criação das novas unidades jurisdicionais e a disfunção da máquina administrativa da Justiça significa *inconstitucionalidade por omissão(...)*".

da autocomposição.⁷

Importante destacar que não só o juiz tem autonomia para promover a conciliação entre as partes, como também os auxiliares da Justiça que são os juízes leigos e os conciliadores, que sem dúvida possuem papel fundamental nas audiências⁸.

Conforme entendimento da doutrina e jurisprudência, em todo processo que for determinada a produção de provas para a devida solução da lide será destinada ao juiz, o qual irá acompanhar toda a movimentação processual até o julgamento da causa, salvo situações em que o magistrado proferir sentença substituindo a decisão do juiz leigo que dirigiu a instrução e decidiu a lide (art. 40 da Lei n.9.099/95).

Os Juizados Especiais surgiram como instrumento de rápida e efetiva atuação do direito, mas há bastante tempo considera-se em crise judiciária por estar diretamente ligada a fatores de profunda modificação nas órbitas social, política e econômica e à crise da própria formação processual no direito material violado ou ameaçado. Para Figueira Júnior, os Juizados Especiais são considerados como microsistema de natureza constitucionalmente obrigatória, o que discorda Câmara.⁹

Por outro lado, seria interessante que a doutrina e os tribunais readaptem consagradas concepções no Código de Processo Civil, o que ajudaria em melhor desenvolvimento na Lei dos Juizados Especiais.¹⁰

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, I e § 1º já mencionava um novo processo e um novo rito diferenciado, o que vem a ser o sumaríssimo, atualmente identificado como Juizado Especial Cível, com o advento da Lei 9099/95.

Importa dizer que não basta estar diante de um sistema com a implementação de nova lei que todos os problemas estarão resolvidos na mais perfeita harmonia e dentro de poucos dias, como já fixado anteriormente em prazo de 90 dias para a solução de causas menos complexas.

A problemática não está no surgimento de nova norma e sim, na inadequação das leis de organização judiciária dos Estados e na carência de magistrados e serventuários da Justiça.

O Brasil vivencia várias crises, complexas e interligadas como: a legislativa, a institucional, o sistema jurídico posto, a operacional e a jurisdicional, porém, de todas essas a mais grave é a jurisdicional.¹¹

Sabe-se que o Estado-Juiz é impotente para solucionar todos os conflitos do mundo contemporâneo, devido ao crescimento populacional gigantesco e com o número altíssimo de demandas no judiciário, tornando praticamente impossível a celeridade processual, não conseguindo, no entanto, entregar a prestação jurisdicional de maneira adequada e em tempo razoável, como disposto em lei.¹²

7 Nesse sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: Uma Abordagem Crítica, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. "Tem mesmo havido uma tendência, no direito processual moderno, à busca de soluções consensuais. Basta ver que as reformas por que passou o Código Civil fizeram com que nele se incluisse não só a audiência preliminar (art.331), que tem entre suas finalidades promover a conciliação, mas também se acrescentou aos poderes do juiz (art. 125) o de convocar as partes, a qualquer tempo, para tentar a autocomposição."

8 Desse modo, CARVALHO, Jorge Alberto Quadros de. Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada, 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 41-45.

"Art. 5º O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica (...). Art. 7º Os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de 5 (cinco) anos de experiência."

9 Em sentido diverso, CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: Uma abordagem Crítica, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 29.

"(...) É claro que um sistema processual como este pode existir. O que não se pode é impor a utilização obrigatória do mesmo. A afirmação do caráter obrigatório do sistema processual dos Juizados Especiais Cíveis é inconstitucional, por violar garantias constitucionais do processo, como o devido processo legal e o contraditório (...)"

10 Nesse sentido, TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais (comentários à Lei 9.099/1995) p. 47, 2009.

"(...) a nova realidade jurídica está a exigir métodos e formas adequadas à consecução desse desiderato, viabilizando-se as respectivas unidades jurisdicionais e revendo-se alguns conceitos e institutos, tais como o regime de provas, o julgamento com base em equidade, os poderes do juiz, os princípios dispositivos, da livres iniciativa, da eventualidade, da informalidade, da instrumentalidade (causa finalis e nulidades), competência (...)"

11 TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, Idem, p. 51.

12 TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Idem, Ibidem.

"Inegável que o Estado-Juiz tornou-se impotente para dirimir todas as espécies de conflitos do mundo contemporâneo que, por sua vez, consuma-se em velocidade de chip de computador, fazendo com que os jurisdicionados exijam a resolução de suas controvérsias de maneira mais célere e simplificada."

Resta mencionar que diante de tamanha insatisfação no andamento do processo na solução de conflitos, ter-se-ia uma nova alternativa para o fim do problema e garantir a efetividade do direito sem a necessidade da lide jurídica, idealiza-se meios de conciliação que tratam de restabelecer, a ordem da convivência social, são eles: a arbitragem, a mediação judicial e extrajudicial, a conciliação, e a jurisdição especializada fundada no princípio da oralidade, e até mesmo tentativa de autocomposição.

Dentre as técnicas acima mencionadas, são mais utilizadas a conciliação e a mediação, na primeira um terceiro imparcial é chamado a mediar o conflito, não só aproxima as partes como ainda realiza atividades de controle das negociações, ao passo que na segunda, o mediador tenta aproximar os litigantes promovendo diálogo entre eles a fim de que cheguem a melhor solução pela própria escolha de ambas as partes.¹³

Segundo Tourinho Neto e Figueira Júnior “[...] somente o estímulo e a efetiva prática das inúmeras formas complementares de solução de controvérsias [...] poderão mudar a concepção dos brasileiros de que “só a Justiça” pode solucionar todos os seus conflitos.”

Propõe-se buscar nos Juizados novos caminhos baseados em conquistas e inovações contidas na Lei dos Juizados Federais nas questões em que não haja incompatibilidade.

Em seguida, serão abordadas as atribuições dos Juizados Especiais em comparação aos procedimentos comuns previstos no Código de Processo Civil.

2. Atribuições dos Juizados

A Constituição da República, conforme já mencionado, em seu art. 98, I discorre sobre os Juizados Especiais Cíveis como órgãos jurisdicionais que cuidam de causas cíveis de menor complexidade, há, sobretudo as pequenas causas de grande complexidade que são excluídas de sua competência, mesmo que o valor seja inferior aos quarenta salários-mínimos.

Em busca de um melhor esclarecimento o § 2º do art. 3º da Lei 9099/95 versa sobre as pequenas causas de grande complexidade, são elas: alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.¹⁴

Uma opção da atuação dos Juizados é na transformação das grandes causas em pequenas causas, ou seja, o art.3º em seu § 3º da Lei 9.099/95 prevê a renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido, salvo a hipótese de conciliação.¹⁵

É preciso destacar que os Juizados Especiais Cíveis são competentes para executar as sentenças de suas próprias decisões, visto que é competente o juízo da condenação, execução de títulos extrajudiciais (se valor da obrigação não ultrapassar quarenta salários-mínimos), conforme art. 3º, § 1º I e II da Lei 9.099/95.¹⁶ Em razão da competência territorial dos Juizados Especiais Cíveis (verifica-se qual será o Juizado competente para cada processo, o que se determinará por critérios territoriais – competência de foro, art.4, e incisos da mesma Lei).¹⁷

13 TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Idem, p.52-53.

“(…) diante da necessidade de ordenar igualmente esses conflitos de interesses, o Direito, antes de chegar ao puro mecanismo coativo da intervenção inapelável do Poder Público, idealiza uma série de meios de conciliação que tratam de restabelecer, na medida do possível, a interrompida ordem da convivência social(…) Ampliam-se, portanto, não só o espectro de “acesso aos tribunais” (expressão por nós concebida como acesso à jurisdição), seja pela legitimidade ativa, por meio da colocação à disposição dos interessados de novos mecanismos de pacificação social, como também as formas de solução e composição das lides (v.g. arbitragem, mediação judicial e extrajudicial, conciliação, jurisdição especializada fundada no princípio da oralidade em grau máximo, incremento judicial-processual das audiências preliminares e/ou de tentativa de autocomposição etc.)”

14 CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. Uma abordagem crítica, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007, p.34.

“Os Juizados Especiais Cíveis são, como já visto, competentes para as pequenas causas. Pode ocorrer, porém, de se ter uma causa que, não obstante seu pequeno valor, seja de grande complexidade jurídica ou fática. Por tal razão, a Lei nº 9.099/95 exclui da competência dos Juizados Especiais Cíveis algumas causas que, ainda que lhes seja atribuído um valor pequeno – inferior mesmo aos quarenta salários-mínimos – não poderão ser deduzidas nos Juizados Especiais Cíveis. Essas pequenas causas de grande complexidade estão enumeradas no § 2º do art. 3º da Lei nº 9.099/95, e são as de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.”

15 CÂMARA, Alexandre Freitas, Idem, p.35.

“Estabelece o § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95 que “a opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação”. Permite esse dispositivo, pois, que se transforme uma grande causa (assim considerada qualquer causa cujo valor exceda de quarenta salários-mínimos) em uma pequena causa.”

16 V.g., art.3º, §1º, I e II da Lei 9.099/95.

17 V.g., art.4º, I, II, III da Lei 9.099/95.

Por fim, cabe ressaltar que, no sistema processual comum, do CPC, a declaração de incompetência ocorre a remessa dos autos ao juízo competente, já no microsistema dos Juizados Especiais Cíveis não existe essa possibilidade, simplesmente o processo é extinto sem resolução do mérito como disciplina o art. 51, II e III, da Lei nº 9.099/95.¹⁸

Diante dos conhecimentos fundamentais sobre a competência dos Juizados Especiais será apresentado adiante os princípios essenciais no combate a morosidade.

3. Princípios essenciais no combate a morosidade nos juizados especiais cíveis

Um dos princípios basilares no combate a morosidade é a economia processual consiste na obtenção do máximo proveito no processo em menor tempo possível para sua finalização. Considerado um dos maiores desafios dos Juizados Especiais Cíveis buscando êxito quando convertem sessões de conciliação em audiência de instrução e julgamento ou realização de mutirões de audiências simultâneas.

Cabe ressaltar que, há situações em que se faz necessário um espaço de tempo maior por se tratar de casos um pouco mais complexos como nas modalidades de intervenção de terceiro, chamamento ao processo e denunciação da lide, sendo portanto, vedadas perante os JEC's.

Outro princípio de extrema importância nos JEC's é o da celeridade que dispõe sobre o dever de o processo demorar o mínimo possível.¹⁹

O principal objetivo é conseguir equilibrar a celeridade com a justiça, uma vez que são considerados dois valores igualmente relevantes. Isso porque, se o processo é demorado não é capaz de entregar resultados justos. Por outro lado, se for rápido demais se corre o risco de ser incapaz de alcançar a justiça da decisão, podendo ainda conter vícios ou até mesmo um exagero de magistrados provocando com isso um cerceamento de defesa.

Não se pode deixar de apontar sobre a busca de soluções consensuais com intuito de destruir a animosidade existente entre as partes de modo a fazer com que suas relações possam ser mantidas.

No Juizado Especial Cível é natural a busca incessante da autocomposição que é materializada em sessão de conciliação e não obtendo a conciliação, é marcada nova audiência, sendo agora de instrução e julgamento, momento esse que haverá nova tentativa de conciliar as partes.

Na mesma linha de entendimento Silva (2003, p.111), em sua obra *Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada*, destaca o art. 21 da Lei, *“Aberta a sessão, o juiz togado ou leigo esclarecerá as partes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio...”*

Inicialmente, não se pode deixar de apontar um dos nomes mais conceituados no campo de discussões sobre a efetividade do acesso à Justiça, mestre Mauro Cappelletti, que discutiam e são ditos como “Ondas Renovatórias do Direito Processual” na tentativa de se descobrir uma estrutura processual capaz de ter menos formalismo e mais comprometimento com as necessidades sociais, de forma a se obter ordem no Estado Democrático de Direito.

Após inúmeras tentativas de se trilhar caminhos para desobstrução das vias jurisdicionais, ocorreu a reforma do Poder Judiciário com a preocupação de oferecer segurança da prestação jurisdicional célere conjugada com acesso à justiça, a fim de minimizar as delongas processuais.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro acrescentou que se deveria existir um re-estudo da garantia constitucional do acesso à justiça na sistemática processual brasileira e destacou quatro princípios pertinentes ao tema em questão: princípios da acessibilidade, da operosidade,

18 CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. Uma abordagem crítica. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007, p. 47-48.

“No sistema processual comum, do CPC, a declaração de incompetência produz, como efeito, a remessa dos autos ao juízo competente. No microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, porém, não é assim(...) no que concerne aos efeitos da declaração de incompetência. Isto porque, uma vez reconhecida a incompetência – absoluta ou relativa – o processo será extinto sem resolução do mérito(...) não se poderia, no processo dos Juizados Especiais Cíveis, determinar a remessa dos autos ao Juízo competente, simplesmente porque no processo dos Juizados não há atuação(art.16 da Lei nº 9.099/95). Ao menos em tese (...)”

19 Complementa CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. Uma abordagem crítica. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007, p. 23. “É preciso tempo para que o demandado seja citado; tempo para que, uma vez citado, o demandado elabore sua defesa; tempo para a instrução probatória; tempo para que o juiz, valorando a prova produzida e examinando as questões de direito, forme seu convencimento e elabore a sentença, tempo para que as partes possam elaborar e interpor seus recursos; tempo para que o recurso seja apreciado adequadamente etc.”

da utilidade e da proporcionalidade.²⁰

Os Três Poderes, no entanto, se empenharam em solucionar o problema da morosidade no atendimento jurisdicional da sociedade dando prioridade na apreciação de projetos de lei, quando se destinavam às questões de ampliação ao acesso à justiça e à maior rapidez na resposta a demanda jurisdicional.

O obstáculo da morosidade na justiça foi muitas vezes discutido em tempos remotos, inclusive no século XIV, onde a demora na prestação acarretavam prejuízos às partes, de forma que aqueles que deveriam sair com seus direitos respeitados saíam vencidos.

Como já dito anteriormente, a primeira tentativa de solucionar as inúmeras demandas foi o surgimento dos “juizados de pequenas causas”, muito embora não existissem efetivamente causas pequenas, pelo contrário, algumas bem complexas, na perspectiva de mudar esse conceito foram modificados para Juizados Especiais Cíveis por força da Lei nº 9.099/95, essa lei que em 2001 foi parcialmente alterada pelo advento da Lei nº 10.259.

4. CONCLUSÃO

O microsistema do Juizado Especial Cível foi atingindo um espaço de busca de justiça a todo custo, vez que com seu acesso gratuito facilitou a coletividade na tentativa de solucionar causas de menor complexidade de forma mais célere, porém com o passar do tempo, as inúmeras demandas fizeram com que o objetivo de prestação jurisdicional rápida ficasse cada vez mais morosa.

Diante de tal situação busca-se alternativas para minimizar o tempo de espera nas decisões nas esferas do Juizado em especial.

Mauro Cappelletti foi o precursor nos caminhos da valorização dos Juizados Especiais, e teve a preocupação de apresentar as vantagens de se ter uma entidade que atenda efetivamente as necessidades cotidianas, como exemplo, as questões que envolvem consumidores em seus negócios jurídicos, que constata falhas nas prestações de serviço ou mesmo em produtos adquiridos.

Todavia, com a procura incessante dos Juizados deve-se repensar recursos de sanar a deficiência, voltando a atender a população em tempo razoável, fazendo com que todos os atos praticados sejam realizados de forma mais célere e eficaz.

É necessário, no entanto, uma reforma em todo o sistema dos Juizados Especiais, é claro que com certa cautela, visto que ao se alcançar a unificação de um determinado procedimento dentro da esfera jurídica depende de treinamento, estrutura e tempo para adaptação.

As atuações dos auxiliares da justiça são de extrema importância para todo o desenvolvimento nos Juizados, principalmente quando se trata de cumprimento de metas anuais. Entende-se que tanto os juízes leigos como os conciliadores são personagens que enriquecem o atendimento de maneira que as partes em muitos casos resolvem por fim ao litígio, realizando acordos.

Ao apontar as audiências de conciliação em atendimento individual em comparação aos mutirões, constatou-se, através de pesquisas realizadas entre os funcionários dos Juizados Especiais Cíveis, que na sua grande maioria as audiências individuais conseguem lograr êxito realizando vários acordos, porém nos mutirões os índices aumentam consideravelmente, mesmo que de certa forma ocorram erros, são previsíveis devido à dinâmica do evento.

Conclui-se, que as estatísticas apresentam grande aceitação do sistema utilizado pelos profissionais da área jurídica em sede de juizado como importante ferramenta para a celeridade processual.

Outra expectativa envolve o mundo virtual. O processo eletrônico foi

20 Comenta CARNEIRO, Paulo Cezar. CD-ROM.

“a) acessibilidade - possibilita a efetivação de direitos individuais e coletivos, por meio de utilização adequada dos instrumentos jurídicos por sujeitos capazes, usufruindo do direito à informação e sem obstáculos de qualquer natureza; b) operosidade - divide-se em subjetividade e objetividade. A primeira clama pela atuação ética de todos os sujeitos do processo, que devem zelar pela efetividade processual. Já a segunda, refere-se à utilização correta dos meios processuais, buscando a verdade real e a conciliação; c) utilidade - refere-se ao menor sacrifício para o vencido, porém nisso considerando-se o recebimento pelo vencedor da forma mais rápida e proveitosa possível, com celeridade e segurança, binômio que comporta, por exemplo, a fungibilidade da execução, notadamente em relação ao direito consumerista, a limitação de incidência de nulidade e o alcance subjetivo da coisa julgada, sobretudo nas ações coletivas; d) proporcionalidade - deverá ser considerada pelo julgador quando da ocorrência de conflito, em orientar-se sempre no objetivo de resguardar o direito mais valioso e o maior número de pessoas.

apresentado como mais uma ferramenta de grande avanço no combate a morosidade. Não deixa de ser uma oportunidade de se conseguir gerenciar pouco a pouco um comportamento positivo na aceitação do desenvolvimento da humanidade, para tanto, deve-se atentar ao equilíbrio capacitando todos no novo acesso.

É fato que a virtualização dos autos é necessário, se consegue uma economia de gastos das entidades públicas, jamais vistos, além de proporcionar grande facilidade no acompanhamento dos atos processuais tanto de advogados como das próprias partes da demanda.

Outro ponto positivo é a certeza de que todas as informações virtuais são cadastradas com segurança através de uma rede altamente protegida com sistemas de senhas internas capazes de detectar a origem e o destino de todos os documentos, além disso, não há o risco de processos serem perdidos por terem as informações gravadas virtualmente e copiadas em *BACKUPS*. Sabe-se ainda, que a gestão arquivística proporciona um acompanhamento mais eficaz para a seleção e atualização dos arquivos.

Máquinas de auto-atendimento espalhadas em diversos locais de grande circulação de pessoas é outro procedimento que vem sendo implantado em Estados como o de Roraima na hipótese da dificuldade de acesso nas residências.

O desafio é saber como administrar toda a população sem ferir o direito de acesso à Justiça, vez que a classe menos favorecida de recursos em sua maioria não possui instrução ou quase nenhum conhecimento de informática. Com certeza é necessário a iniciativa de políticas públicas para buscar caminhos de acesso possível para essas pessoas em especial, talvez a alternativa mais adequada seria disponibilizar recepcionistas responsáveis para auxiliar nos atendimentos nas máquinas operacionais ou até mesmo prestar informações básicas do andamento processual.

Com efeito, o caminho a ser traçado pelo processo digital não pode abolir de vez o atendimento personalizado, o que de início poderá sim ocorrer uma diminuição de pessoas se deslocando diversas vezes até os cartórios para saberem o andamento dos atos processuais de sua ação em particular.

Por outro lado, treinamentos deverão ser contínuos para todos os magistrados, servidores, advogados e principalmente para as partes que desconhecem todo o mecanismo e buscam acompanhar os atos sem auxílio de advogado, como no caso dos Juizados Especiais em análise, nesses casos específicos faz-se entender a importância de disponibilizar atendentes diante dos terminais com a função de ajudar no passo a passo da pesquisa de todos os processos.

Não se deve crer, entretanto, que tudo funcionará cem por cento com esses novos meios de uma hora para outra, não há essa ilusão, justamente por existirem outros fatores que influenciam no decorrer dos procedimentos, como exemplo: redes sem conexão temporariamente, devendo o advogado buscar a alternativa anterior se deslocando para protocolar petição, ou em situação menos importante, aguardar nova oportunidade de acesso virtual que possibilite visualizar a informação desejada.

Cabe destacar que, as alternativas aqui apresentadas não são as únicas que podem contribuir na eficiência do atendimento nas unidades do Poder Judiciário, e em especial nos Juizados Especiais Cíveis, o ideal, além disso, é a consciência de que o bom senso nas demandas tem grande relevância em benefício de toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL/ **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF, 1988.
- CÂMARA, Alexandre Freitas – **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: Uma Abordagem Crítica**, 3. ed. Atualizada até a Lei 11.280/2006. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Fabris, Porto Alegre, 2005.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia Jurídica**. 5ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2001.
- LÉVY, Pierre - **Cibercultura**, 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2000.
- LIMA JUNIOR, Jose Carlos. **Acesso á Justiça**. Jus navegandi, fevereiro 2012. Disponível em: URL<<http://www1.jus.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=13901>>. Acesso em: 29 fevereiro, 2012.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de e ROCHA, Felipe Borring – **JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: Novos Desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

OLIVEIRA, Jose Macedo de. **Democratizando o acesso à justiça**. Jus navegandi, janeiro 2012. Disponível em: URL <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2172>>. Acesso em: 25 janeiro, 2012.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho – **Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias – **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Comentários á Lei 9.099/1995**, 6. ed. – atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRESCRIÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO: UM GRAVE ERRO TERMINOLÓGICO

Iure Pedroza Menezes

Mestrando em Direito (Universidade de Lisboa). Juiz de Direito (TJPE). Professor de Direito Processual Civil da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Membro do Instituto de Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro fundador da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).

1. Enquadramento do problema

É comum na doutrina, na jurisprudência e na prática forense falar-se em prescrição do título executivo.

O tema ganha relevo especialmente no âmbito dos títulos de crédito, sendo, especificamente, mais comum, no tocante ao cheque. Tomemos essa espécie para este breve artigo, sem prejuízo de que a conclusão a que se chegará é aplicável aos títulos em geral.

O cheque é um título de crédito. Como tal, é considerado título executivo extrajudicial. Assim ele é tratado pelo CPC Brasileiro (art. 585, I) à semelhança de tantos outros sistemas processuais.

Como título de crédito, sua executividade denota economicidade na cobrança forçada, pois, sendo título executivo pode ser intentada, de logo, a execução sem a necessidade de prévio processo cognitivo.

Porém, a sua executividade está sujeita a um prazo certo. No âmbito do Direito Brasileiro, há regulamentação específica na chamada Lei do Cheque (Lei n. 7.357/85).

Deve o cheque, uma vez emitido, ser apresentado no prazo de 30 dias (se emitido na mesma praça de pagamento) ou no prazo de 60 dias (se em praça diferente), nos termos do art. 33 da referida Lei.

Findo o prazo de apresentação, na hipótese do credor não lograr pagamento, o portador do título terá o prazo de 06 meses para promover a ação executiva (art. 59).

Findo esse prazo semestral, não sendo intentada a ação executiva, não mais poderá o credor promover a execução. Contudo, não estará impedido de cobrar o seu crédito pelas vias ordinárias (diga-se: através de processo cognitivo). Para tanto, terá o prazo de 02 anos (contatos do termo final do prazo previsto para a execução) – art. 61.

Então, ao cheque, aplicam-se 03 prazos (no âmbito do aqui exposto): a) prazo de apresentação na instituição financeira para pagamento (30 ou 60 dias); b) prazo para propositura da execução (06 meses); c) prazo para cobrança ordinária (02 anos).

Em outros termos, não sendo promovida a execução, na forma da copiosa jurisprudência brasileira, diz-se que o cheque está prescrito (para fins executivos), muito embora possa o credor (no prazo de 02 anos) intentar a ação cognitiva (via ordinária) voltada à cobrança do seu crédito.

Tão pacífica é a jurisprudência brasileira a tal respeito que o STJ, Corte máxima em matéria infraconstitucional, há muito editou a Súmula n. 299 (outubro/2004), que diz: “É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito”.

“**Cheque prescrito**”: é sobre essa terminologia que trataremos aqui, porquanto, a nosso ver, absolutamente equivocada.

2. Crédito versus título

Não se pode confundir o crédito com o título. Citemos dois exemplos, para ilustrar a afirmativa:

1) Caio é portador de um cheque emitido por Durval. Durval pagou o título, porém descuidou-se e

não solicitou a devolução do cheque. Neste caso, há um título (cheque) que está em poder daquele que foi credor (Caio), mas não há mais crédito, já que o mesmo foi satisfeito;

2) Carlos emprestou certa soma em dinheiro para Dionízio. Pautado numa relação de confiança, realizou o negócio oralmente, deixando de elaborar qualquer termo escrito sobre o mútuo. Neste caso, tem-se crédito, mas não há título.

Portanto, não obstante, comumente, o crédito venha certificado por um documento (por vezes qualificado como título executivo, a exemplo do cheque) as duas figuras jurídicas (crédito e título) não se confundem.

Comparativamente, não se pode confundir o contrato (avença realizada pelas partes) com o instrumento contratual (termo escrito assinado pelas partes). Aliás, diuturnamente celebramos dezenas de contratos sem qualquer instrumento escrito (transportes, refeições etc).

3. Prescrição: objeto e alcance

Por muito tempo se falou em “prescrição de ação”, terminologia há muito desconhecida do direito moderno. Fundada justamente nessa antiga e ultrapassada teoria é que a jurisprudência brasileira ainda se refere à prescrição do título executivo, querendo, em verdade, referir-se à prescrição da ação executiva (e tão somente dela, já que permite, como visto, a cobrança do crédito pelas vias judiciais ordinárias).

Essa antiquada forma de pensar a prescrição tinha ancoradouro, no Brasil, no Código Civil de 1916, que se referia, em diversos momentos, à “prescrição da ação”. O CC-1916, por exemplo, dizia no seu art. 177: “As **ações** pessoais **prescrevem**, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez (...)”. No art. 178, dizia: “**Prescreve**: § 1º Em dez dias, contados do casamento, a **ação** do marido para anular o matrimônio contraído com mulher já deflorada”. E assim, com tal temática, seguia em tantos outros dispositivos.

Por certo, o CC de 1916 teve lastro nas Ordenações Filipinas, que por tanto tempo vigoraram no Brasil. No Livro IV, Título LXXIX, das Ordenações, encontra-se: “Se alguma pessoa for obrigada à outra em alguma cousa, ou quantidade, por razão de algum contracto, ou quasi-contracto, **poderá ser demandado até trinta annos**, contados do dia, que essa cousa, ou quantidade haja de ser paga, em diante”.

Porém, a prescrição é um instituto de direito material. Não é por outra razão que reconhecida a prescrição em juízo, resolve-se o processo com exame de mérito (CPC Brasileiro, art. 269, IV).

Portanto, é por demais equivocado falar-se em “prescrição de ação”, pois a ação (processual) jamais prescreve; o que prescreve é o direito material ou, melhor ainda, a pretensão (instituto também de direito substantivo).

É esta a linha que parece ser seguida pelo Código Civil Português em vigor (1966) quando fala no art. 298, 1: “Estão sujeitos a **prescrição**, pelo seu não exercício durante o lapso de tempo estabelecido na lei, **os direitos** que não sejam indisponíveis ou que a lei não declare isentos de prescrição”.

O Código Civil Brasileiro atual, muito mais recente, acertadamente, enuncia: “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a **pretensão**, a qual se extingue, pela **prescrição** (...)”.

4. Crítica à jurisprudência brasileira

Por que, então, fala-se tanto, em “prescrição da ação”?

A resposta é encontrada na História do Direito. Até a segunda metade do Século XIX, a ação era instituto de direito material (teoria civilista), oriunda do Direito Romano Clássico.

Somente com os estudos iniciados por volta de 1850 é que se teorizou a ação como instituto autônomo. Antes disso, a ação era mero elemento de direito material. Só a partir daqueles estudos, celebrados no âmbito das Universidades europeias, é que se propugnou a autonomia do direito de ação, como hoje é concebida – o direito material não se confunde com o direito de ação.

Pois bem. O Código Civil de 1916 tratava a prescrição como regra que incide sobre a ação (e não sobre o direito material em si). Plenamente justificável. O CC-1916 encampou a teoria civilista da ação. Quando falava em prescrição da ação, falava em prescrição do direito material já que a ação era um mero elemento

da ação de direito material, tanto que o seu art. 75 estabelecia: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”.

Porém, há muito não se pode falar em ação como mero elemento do direito subjetivo. O próprio CPC Brasileiro, de 1973 (ainda em vigor), já adotava, desde o seu nascedouro, a teoria da autonomia do direito de ação, mormente porque há mais de século já se falava em ação como direito autônomo (vale dizer: direito diferente do direito subjetivo que visava assegurar).

Portanto, não se pode, desde muito tempo, sustentar que a prescrição atinge a ação, pois aquela só atinge o direito substantivo. Porém, não o direito em si, mas apenas a pretensão, como corretamente colocado pelo atual CC Brasileiro.

Com efeito, uma coisa é o direito subjetivo. Outra coisa é a pretensão. Não necessariamente o direito é exigível. É o que ocorre, por exemplo, com uma dívida que ainda não venceu: há direito de crédito, mas ainda não há exigibilidade.

Implementada a exigibilidade (vencimento da dívida), nasce para o credor a pretensão. Assim, só há pretensão quando o direito de crédito for exigível. Não sendo ela (a pretensão) satisfeita, nasce, então, para o credor, a ação. Essa ação é a ação material (referida por Ovídio Baptista da Silva). Como nosso sistema não permite o exercício arbitrário das próprias razões (Código Penal, art. 345), essa ação material só pode ser exercida através do Estado-juiz. É por isso que se exige a veiculação da ação processual (ação judicial como direito autônomo) para se efetivar aquela ação material.

Pois bem. A prescrição, como já dito, atinge a pretensão (direito + exigibilidade). É por isso que o prazo prescricional só tem início após o vencimento da dívida. De outro lado, a prescrição, atingindo apenas a pretensão, deixa incólume do direito em si, tanto que não se pode repetir o pagamento de dívida prescrita, já que se trata da chamada “obrigação natural”.

5. Conclusão

Uma vez que a prescrição não atinge o direito de ação, mas apenas a pretensão de direito material, é equivocado falar-se em “prescrição de ação executiva”.

Por conseguinte, errônea a jurisprudência brasileira quando afirma que a prescrição do cheque (entenda-se, da ação executiva fundada no cheque – ou em qualquer outro título executivo) não impede a propositura de ação nas vias ordinárias para cobrança da dívida.

Na verdade, consumido o prazo para a ação executiva, não há que se falar em prescrição (instituto de direito material), mas apenas a perda do direito processual da ação executiva.

Com efeito, se prescrição fosse, atingiria a exigibilidade do crédito e, por consequência, este não mais poderia ser cobrado em qualquer ação judicial que fosse.

A EXTINÇÃO DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO NO NOVO CPC

Andreza Isolda Cavalcante Cardoso

Advogada

Resumo: No projeto do novo Código de Processo Civil traz várias reformas, uma bastante em debate é a extinção da possibilidade jurídica do pedido como condição de ação no artigo 267 do CPC. Os autores do projeto analisaram a possibilidade jurídica do pedido como mérito de causa, pois eles identificaram que antes do projeto existem várias discussões doutrinárias que a possibilidade jurídica do pedido seria mérito de causa, porque se fosse condição de ação, haveria a extinção do processo sem resolução de mérito, ou seja, podendo ser repetida novamente, como coisa julgada formal, já como mérito da causa faria coisa julgada material, vários são os motivos, esse é um deles.

Palavras-chave: Código de Processo Civil, Condição de ação, Possibilidade Jurídica do Pedido, mérito

Sumário: 1. Introdução 2. A Ação no Processo Civil 3. Condições da ação 4. Teorias sobre o direito da ação 5. Teoria Eclética-Liebman 6. Teoria da Asserção 7. A Possibilidade Jurídica do Pedido como mérito e a reforma do CPC 8. Jurisprudência 9. Conclusão 10. Referências Bibliográficas

Abstract: In the design of the new Code of Civil Procedure provides several reforms, a lot of debate is the extinction of the possibility of legal action as a condition of application of Article 267 of the CPC. The project authors considered whether legal merits of the request and of cause, they found that before the project there are several doctrinal discussions possibility that the legal merits of the request would cause, because if it was a condition of action, there would be a dismissal without resolution of merit, ie, may be repeated again, as formal res judicata, as already merits of the case would res judicata, there are several reasons, this is one of them.

Keywords: Condition of action, Chance Legal Order, because of merit

1. INTRODUÇÃO

“ A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”

RUI BARBOSA

O projeto do novo código de processo civil que encontra-se na Câmara de deputados, que apresenta mudanças no direito processual civil brasileiros, uma delas é o ponto central do nosso assunto que é a extinção da possibilidade jurídica do pedido como condição de ação e análise de ser ela mérito.

Muitos doutrinadores já comentavam sobre essa extinção, antes mesmo do anteprojeto do novo CPC, um desses principais foi Enrico Tulio Liebman que integraria a possibilidade jurídica do pedido como interesse de agir. Essa teoria Liebman influenciou bastante os doutrinadores que esclarecia que esta fazia parte do mérito da ação. O objetivo deste trabalho é retratar a possibilidade jurídica da ação como condição de ação e discutir a mudança do novo Código de Processo Civil e atenuar o entendimento da jurisprudência e demonstrar as divergências de alguns doutrinadores quanto ao assunto.

2. A Ação no Processo Civil

A ação deve ser precipuamente considerada na sua dinâmica, ou seja, supondo-se a existência de um processo. A ação, como a totalidade dos institutos do processo, existe necessariamente limitada no tempo; existe para exaurir-se. Todo instituto do processo tem uma dimensão temporal; nasce; desenvolve-se e morre. Somente sobrevive ao processo a eficácia da sentença e, quase sempre, a coisa julgada material, sobreposta à parte dispositiva da sentença, para resguardo do bem jurídico nela definido.

A ação é o instituto processual, constante, pois, da lei processual, devendo esta traçar os seus requisitos de exercício (condições da ação) e os efeitos jurídicos que, por intermédio daquela, se poderão obter.

Dissemos, ademais, que o escopo da ação é a obtenção da prestação judicial. É importante ressaltar, que, quando se fala em prestação jurisdicional- o que admite seja favorável ou não-, está-se numa perspectiva que abrange as posições do autor e do réu, e é acima de tudo centrada e derivada da função jurisdicional favorável, cair-se-ia na posição da teoria concreta à tutela jurídica: só teria ação aquele que tivesse razão..

3. Condições da Ação

Os vínculos existentes entre o direito de ação e pretensão, fomando uma relação de instrumentalidade, levam-nos à conclusão de que o exercício da ação está sujeito à existência de três condições que são: legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido

Legitimidade

O autor e réu devem ser partes legítimas. Isso quer dizer que, quanto ao primeiro, deve haver ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo.

O autor, para que detenha legitimidade, em princípio deve ser o titular da situação jurídica afirmada em juízo (art.6º CPC). Quanto ao réu, é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor.

Para que se compreenda a legitimidade das partes, é preciso estabelecer-se um vínculo entre o amor da ação, a pretensão trazida a juízo e o réu. Terá de ser examinada a situação conflituosa apresentada pelo autor. Em princípio, estará figuram nos polos opostos do conflito apresentado pelo autor correspondam aos que figuram no processo na posição de autor(es) e réu(s). Note-se que, para a aferição da legitimidade, não importa saber se procede ou não a pretensão do autor; não importa saber se é verdadeira ou não a descrição do conflito por ele apresentada. Isso constituirá o próprio julgamento de mérito.

Interesse Processual

A condição da ação consistente no interesse processual (art.3º) se compõe de dois aspectos, ligados entre si, que se podem traduzir no binômio necessidade-utilidade, embora haja setores na doutrina que preferam traduzir esse binômio por necessidade-adequação. Normalmente não há diferença substancial entre as duas expressões, pois, no mais das vezes, quando se estiver diante da propositura da ação inadequada, estar-se-à, também, diante da inutilidade do pedido para os fins que se pretenda alcançar. Em tais casos, a adequação é como que o fracionamento da utilidade. No entanto, é possível imaginar hipóteses em que o instrumento jurisdicional utilizado pelo autor, embora lhe sendo útil, é objetivamente inadequado. É sob essa perspectiva que alguns autores, por exemplo, consideram a falta de título executivo um caso de carência de interesse processual (afinal, quem pede o pagamento de uma quantia valendo-se diretamente da via executiva, apesar de não ter título executivo, está manejando um instrumento que lhe é útil, mas não é adequado)

O interesse processual está presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação (e, conseqüentemente, instaurar o processo), para alcançar o resultado que pretende, relativamente à sua pretensão. O interesse processual está presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação (e, conseqüentemente, instaurar o processo) para alcançar o resultado que pretende, relativamente à sua pretensão e, ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil sob o aspecto prático.

Possibilidade Jurídica do pedido

Muitos juristas e doutrinadores não concordam com a extinção da possibilidade jurídica do pedido no novo CPC, afirmando ainda que continua sendo uma condição de ação. Moniz de Aragão citado por Fredie Didier Jr. conceitua a possibilidade jurídica do pedido como “um dos aspectos menos versados da teoria da ação, afirmando que não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, de uma previsão que os torne inviável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável.” E ainda cita também Calmon de Passos que diz é como “uma invenção nacional”, assim ela, é sem sombra dúvida, a mais polêmica das condições da ação.

Vejamos que Rosemiro Pereira Leal cita Ernane Fidélis dos Santos, entende que a possibilidade jurídica do pedido “desponta-se pela existência, no ordenamento jurídico, do texto legal, assegurador do direito pleitado.”

Vicente Greco Filho denota a possibilidade jurídica do pedido como condição de ação autônoma, vejamos:

“A possibilidade jurídica do pedido consiste na formulação de pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica. Sua finalidade prática está em que não é conveniente o desenvolvimento oneroso de uma causa quando desde logo se afigura inviável, em termos absolutos, o atendimento da pretensão porque a ordem jurídica não prevê a providência requerida, ou porque a ordem jurídica expressamente proíbe a manifestação judicial sobre a questão. Dessa forma, quando o Código de Processo Civil estabelece que se considera inepta a petição inicial, devendo ser indeferida quando o pedido for juridicamente impossível, tem por objetivo impedir a atividade jurisdicional inútil, apesar de poder ocorrer a hipótese de o pedido revelar-se impossível somente mais tarde, quando por ocasião da sentença final, caso em que, igualmente, deverá ser decretada a carência da ação, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito”

Nesse mesmo pensamento, Ovídio Araújo Baptista de Silva, denomina a possibilidade jurídica do pedido:

“visa retirar da ação o conteúdo genérico, pois deverá sempre referir-se a um pressuposto de fato que obtenha correspondência com a lei.”

Um dos autores que defendem que a possibilidade jurídica é considerando apenas ao aspecto processual, provocando assim coisa julgada formal, sendo portanto uma como condição de ação, é Humberto Theodoro Júnior, vejamos:

“Impõe-se restringir a possibilidade jurídica do pedido ao seu aspecto processual, pois só assim estaremos diante de uma verdadeira condição de ação, como requisito prévio de admissibilidade do exame da questão de mérito.”

“ Com efeito, o pedido que o autor formula ao propor a ação é dúplice: 1º, o pedido *imediato*, contra o Estado, que se refere à tutela jurisdicional; e 2º, o pedido *mediato*, contra o réu, que se refere à providência do direito material.”

A possibilidade jurídica, então, deve ser localizada no pedido *imediato*, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit. p.76).

Teorias sobre o direito da Ação

Houve longa trajetória na história do direito(e muito especialmente do direito processual

civil), sobre o direito da ação ao longo da qual se contrapunham diversas concepções sobre o direito da ação.

GRECO, Filho Vicente, Direito Processual Civil Brasileiro, volume 1: (teoria geral do processo e auxiliares da justiça, 22ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010.p.111,112

SILVA, Ovídio Araújo Baptista de, Teoria Geral Processo Civil, 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.p.116

THEODORO, Júnior Humberto, Curso de direito Processual Civil e processo de conhecimento, volume 1, Rio de Janeiro, Editora Forense,2012.p.76

Hoje se entende que ação é um direito público abstrato de requerer a tutela jurisdicional do Estado, para solução útil de determinada lide.

Num primeiro momento, a ação era tida como fenômeno abrangido pelo próprio direito material reclamado em juízo. Segundo a teoria civilista ou imanentista (porque imanente ao direito material), a ação seria o direito que o titular de determinado direito tinha de pedir em juízo exatamente aquilo que lhe era devido em função de normas materiais.

Dizia-se, então, que a ação seria uma qualidade agregada ao próprio direito material ou que seria este direito, de natureza substancial, em estado de reação a uma agressão que tivesse sofrido.

Essa teoria hoje é absolutamente inaceitável, em razão do simples argumento de que, fosse essa concepção correta, só haveria “ações” julgadas procedentes, pois não se poderia falar em improcedência da ação decorrente de um direito efetivamente existente.

Depois outras teorias foram surgindo, já a partir da separação havida entre o direito material e o direito processual, resumindo-se, as mais importantes, em duas: a teoria da ação como direito autônomo e concreto e a teoria da ação como direito autônomo e abstrato. A teoria que prevalece no nosso sistema processual é a da ação como direito abstrato de agir.

Segundo a teoria, a ação é o direito de que qualquer um é titular, e por meio do qual pode pedir a atuação jurisdicional tenha ou não razão naquilo que pede, detenha ou não o direito que afirma deter.

Então, se o juiz julga improcedente o pedido, isso significa que o autor não tinha o direito material alegado. No entanto, tinha, e exerceu, o direito de ação – tanto que pediu a atuação jurisdicional e a recebeu (ainda que mediante uma sentença desfavorável). Mas há ainda uma teoria eclética, segundo a qual a ação é abstrata, mas condicionada, porém falaremos abaixo.

A teoria de Liebman – Teoria eclética

A doutrina de Liebman a define como direito subjetivo instrumental é, mais do que um direito, um poder ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça; poder esse correlato com a sujeição e instrumentalmente conexo a uma pretensão material. Afirma, também que o direito de ação de natureza constitucionalmente (emanação do status civitatis), em sua extrema abstração e generalidade, não pode ter nenhuma relevância para o processo, constituindo o simples fundamento ou pressuposto sobre o qual se baseia a ação em sentido processual.

As três condições da ação precisam ser alegadas e demonstradas pelo autor; a constatação de sua ausência, em qualquer momento ou grau de jurisdição, conduz ao proferimento de uma sentença processual (terminativa), com a extinção do procedimento sem a resolução do mérito; As condições da ação constituem a parte concretista da perspectiva de Liebman, em face da necessidade de sua demonstração pelo autor no curso da demanda; constituiriam um elo do direito processual com o direito material;

A possibilidade jurídica do pedido, não constitui uma condição autônoma da ação Liebman, que sustentava inicialmente a existência de três condições de ação, e cuja a teoria foi acolhida pelo CPC, modificou mais tarde sua opinião e passou a sustentar que elas são apenas duas: a legitimidade e interesse. Para

ele, possibilidade jurídica está absorvida pelo interesse de agir, porque não se pode considerar titular de interesse, aquele que formula pretensão vedada pelo ordenamento.

Conforme demonstrado, Liebman inicialmente afirmou que essa última tem como requisitos a legitimidade de agir, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, tendo posteriormente inserido esse último requisito na categoria do interesse de agir.

6. Teoria da Asserção-Interpretação Diferenciada das Condições da Ação de modo a subsidiar maior Aproveitamento Processual – Tendência de aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça Brasileiro

No que diz respeito às condições da ação, afirma-se que a teoria de Liebman seria uma teoria da exposição ou apreciação, de forma que a presença das condições deveria ser comprovada pelo autor. Nesses termos, em inúmeras situações, o processo terminaria sem uma análise do mérito, ou seja, sem apreciação de seu objeto, daquilo para o que se propôs o procedimento.

A atividade processual, nesses moldes, teria sido inútil, e a sentença judicial (terminativa) não inviabilizaria a propositura de nova demanda, envolvendo o mesmo objeto litigioso.

Em face dessa constatação e buscando um maior aproveitamento da atividade processual se delineou a teoria da asserção ou da prospecção (*prospettazione*), na qual a verificação da presença das condições da ação se dá à luz das afirmações feitas pelo autor na petição inicial, independentemente de sua comprovação durante o processo, ou seja, a teoria de asserção não precisa analisar as provas, pois se não inferirá no mérito da ação, o que não pode acontecer.

Isso conduz à seguinte situação: a ausência de condição da ação para Liebman (condição não comprovada pelo autor) conduz a extinção do processo sem resolução do mérito (com o proferimento de uma sentença terminativa), mesmo que esta se dê após o julgamento do mérito (sentença definitiva), em grau de recurso, uma vez que as condições podem ser analisadas e demonstradas em qualquer momento e grau de jurisdição, conduzindo assim, à anulação da sentença definitiva; já para a teoria da asserção, as condições da ação serão analisadas com base tão-somente nas alegações feitas pela parte na peça de ingresso (petição inicial do autor), deste modo as matérias referentes à legitimidade, interesse e possibilidade jurídica serão analisadas junto com o mérito, o que conduz, caso não estejam presentes, à improcedência do pedido, sentença de mérito (definitiva), em qualquer momento ou grau de jurisdição, ou seja, no tribunal ocorrerá, assim, a reforma (não anulação) da sentença de mérito.

A discussão em torno da aplicação dessa teoria no Brasil é tormentosa. Mas existem precedentes no STJ, com sua adoção, e afirmando que “as condições da ação são vistas *in status assertionis* (“Teoria da Asserção”), ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante, na petição inicial” deste modo “se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão.”

Para que se possa entender a aplicação dessa teoria, alguns exemplos são bem-vindos. Se alguém se afirma filho de outrem e, por isso, pede-lhe alimentos, possui legitimidade *ad causam*, mesmo que comprove, posteriormente, a ausência do vínculo de filiação, quando será caso de improcedência do pedido e não de carência de ação. Se o autor pretende a obtenção de verba contratualmente, mas demanda contra alguém estranho ao contrato, da própria estipulação da causa de pedir é possível aferir a legitimidade; o magistrado, neste caso, indeferirá a petição inicial sem exame do mérito.

A posição deste trabalho sobre as condições de ação já foi posta, e é muito clara; prega-se a abolição como categoria jurídica. Na tutela jurisdicional individual, ao menos nos casos de legitimidade de agir ordinária e possibilidade jurídica do pedido, é impossível extremá-las do mérito da causa, fato que por si só justificaria a exclusão dessa categoria da dogmática jurídica e, conseqüentemente, do texto legal. A falta de uma dessas condições, reconhecida liminarmente ou após instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito. A natureza de uma questão não muda de acordo com o momento em que é examinada. No entanto, é indiscutível que, à luz do positivo, a melhor solução hermenêutica é a adoção da teoria da asserção, que ao diminuir que a aplicação literal do Parágrafo 3º do art. 267 do CPC poderia causar.

Em recente precedente, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que “se mostra saudável a lembrança de que a doutrina moderna, bem como, em decisões recentes, também o Superior Tribunal de Justiça, têm

entendido que o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Trata-se da aplicação da teoria da asserção, segundo a qual a análise das condições da ação seria feita à luz das afirmações do demandante contida em sua petição inicial. Assim, basta que seja positivo o juízo inicial de admissibilidade, para que tudo o mais seria decisão de mérito”.

De modo “que a interpretação literal do art. 267, § 3º do CPC leva a entender que o preenchimento das condições da ação pode ser averiguado a qualquer tempo e grau de jurisdição. No entanto, a aplicação literal e irrefletida da literalidade do enunciado normativo, neste particular, gera, muitas vezes, consequências danosas, tal qual a extinção do processo sem julgamento do mérito após longos anos de embate processual.”

7. Possibilidade Jurídica como mérito da demanda e a reforma do CPC

Antes de adentrarmos no assunto da possibilidade jurídica como mérito, devemos analisar objetivo da Comissão de Juristas do novo CPC sobre a tal:

Com o objetivo de se dar maior rendimento a cada processo, individualmente considerado, e, atendendo a críticas tradicionais da doutrina, deixou, a possibilidade jurídica do pedido, de ser condição da ação. A sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia.

Enfim, isso evita as repetidas discussões doutrinárias e demandas no Judiciário, evitando com que a Justiça perca tempo nessas causas repetidas, contribuindo assim com a economia processual e trazendo a sociedade as decisões definitivas.

A reforma do CPC quanto à possibilidade jurídica do pedido é que seja tratada no processo como mérito, nesse caso se no final do processo ocorresse a improcedência, já se evitaria diversas repetições da demanda, pois haveria a coisa julgada material. Mas se ela como condição de ação, assim se fosse o pedido juridicamente impossível, a ação seria extinta sem julgamento de mérito, podendo a demanda ser repetida, legitimidade da parte e no interesse de agir, mas muitos doutrinadores criticam essa ideia.

No anteprojeto do novo Código de Processo Civil as condições de ação irá diminuir, ou seja, a possibilidade jurídica do pedido passou a ser tratada como mérito, como se observa nestes artigos abaixo:

Art. 16 esclarece “ Para propor a ação é necessário ter legitimidade e interesse.”

Artigo 467.O juiz proferirá sentença sem reolução do mérito quando: I- indeferir a petição inicial;

VI- o juiz verificar ausência de legitimidade ou interesse processual

Art. 315. A petição inicial será indeferida quando:

II- a parte for manifestamente ilegítima

III- o autor carecer de interesse processual

É importante denotar que Liebman desde a edição de 1973 do *Manuale di diritto processuale civile*, foi um dos primeiros autores há não tratar mais a possibilidade jurídica do pedido como condição de ação e um dos pioneiros para o novo CPC. Liebman já afirmava que a possibilidade jurídica do pedido era mérito da ação já englobava em doutrina.

Os argumentos do novo CPC sobre a possibilidade sobre mérito parece ser bastante favorável para o Judiciário pois evita da ação ser extinta sem julgamento de mérito, evitando repetições errôneas, ou seja, seria até uma economia processual para o Poder Judiciário que não gastaria com estas ações que tem seu pedido declarado como juridicamente impossível, e com certeza não haveria tantos recursos.

Alguns autores como Edurado Falamini e Luiz Rodrigues Wambier expõem seus pensamentos afirmando que a possibilidade jurídica do pedido não sendo condição de ação indagando que:

“em que a medida a ideia de impossibilidade jurídica como condição vinculada ao mérito(isto é , a providência de direito material pedida do autor) retrata uma verdadeira condição de ação, entendida como requisito processual que antecede o julgamento do mérito” Ainda nessa mesma questão insere a possibilidade jurídica do pedido como interesse de agir , o autor dá alguns exemplos: pedir a prisão civil do suposto devedor de uma obrigação pecuniária não alimentícia; pretender promover execução por quantia certa comum, com pedido de penhora, contra a Fazenda Pública.”

Defende Cândido Rangel (2008, p.276,277) que a possibilidade jurídica do pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído a priori pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto. Nos países em que não há divórcio, será juridicamente impossível um pedido de sentença com o efeito de dar às partes o status de divorciado; essa demanda será desde logo repelida, sem que o juiz chegue a considerar quaisquer alegações feitas pelo autor e independentemente mesmo da prova dessas alegações.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, Falamini, Eduardo, Curso Avançado de processo Civil, volume 1, teoria geral do processo e processo de conhecimento, 12ª edição ver.atual e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.170.

Outro exemplo comumente invocado pela doutrina é o das dívidas de jogo, que o art.814 do Código Civil exclui da apreciação judiciária. Nesses exemplos, vê-se que o Estado se nega a dar prestação jurisdicional, considerando-se, por isso, juridicamente impossível qualquer pedido dessa natureza.

Misael Montenegro Filho, antes mesmo do projeto Código Civil de 2012, já discutia sobre a possibilidade jurídica como mérito da demanda (p.129,130):

“Parte da doutrina, à qual nos filiamos, considera que a possibilidade jurídica do pedido não poderia ser qualificada como condição de ação, dizendo respeito ao próprio *meritum causae*. O fato de o juiz declarar, por sentença, que não pode acolher pretensão do autor, por ser vedada pelo ordenamento jurídico ou por não haver previsão a seu respeito, representa a própria apreciação do mérito da ação, não se divisando, em termos de diferenças práticas, da sentença que julga ação pela improcedência dos pedidos formulados na inicial.”

Outro autor que sustenta a tese de que a possibilidade jurídica como mérito da ação é Alexandre Freitas Câmara:

“O terceiro e último dos requisitos do provimento final é a possibilidade jurídica. Como já afirmado, não parece ser esta uma “condição da ação” juridicamente impossível não pode esperar nenhuma utilidade do provimento pleiteado, razão pela qual faltaria interesse de agir.”

Percebemos, assim, a origem histórica de tanta discussão doutrinária em torno da possibilidade jurídica do pedido. Outra discussão que vige entre aqueles que defendem a possibilidade jurídica do pedido como uma condição da ação, diz respeito à abrangência de tal possibilidade.

Além disso, antes do projeto do código de Processo Civil, vários autores queriam a reformulação da possibilidade jurídica do pedido como mérito. Nessa mesma esteira, a possibilidade jurídica do pedido como mérito não infringe qualquer princípio constitucional, formando também uma relativização nas condições da ação.

MONTENEGRO, Filho Misael, Curso de Direito Processual Civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento, 4ª edição, São Paulo, editora atlas, 2007, p.129

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006,

p. 133.

Existem autores que defendem que a possibilidade jurídica do pedido diz respeito tão somente ao pedido, mas também há os que defendem que a possibilidade jurídica do pedido deve ser a mais ampla possível, abrangendo, além do pedido, outros elementos identificadores da ação, como a causa de pedir e as partes.

Enfim, percebemos as inúmeras discussões sobre considerar ou não a possibilidade jurídica do pedido como mérito, além das divergências dos doutrinadores, falaremos abaixo as jurisprudências afirmando a extinção da possibilidade jurídica como condição de ação autônoma, contudo atuando como mérito da ação, formando com sua ausência, uma sentença com extinção de mérito

8. Jurisprudências: e a aplicação da possibilidade jurídica do pedido como mérito

A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça analisou questão interessante acerca dessa terceira condição da ação, ressaltando a extinção da possibilidade jurídica do pedido como condição de ação, mas sendo proposta como mérito. O agrônomo brasileiro Antônio Carlos Silva propôs ação em face do canadense Brent James Townsend para declarar a existência de união estável entre eles e dividir o patrimônio adquirido pelo “casal” durante o relacionamento. O casal propôs a ação de reconhecimento da união na 4ª Vara de Família de São Gonçalo (RJ) alegando que eles viveram juntos quase 20 anos de forma duradoura, contínua e pública. O pedido não foi analisado no mérito, eis que o juiz extinguiu o procedimento sem resolução do mérito, por entender faltar a possibilidade jurídica do pedido no Brasil. O casal recorreu para o TJRJ, que manteve a decisão de primeiro grau. No entanto, desta decisão do TJRJ o casal recorreu para o STJ que reformou (alterou) a decisão permitindo e ordenando que o juízo de primeiro grau analisasse o mérito.

Afirmou-se que a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. E que a despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

O STJ já teve algumas oportunidades de se pronunciar sobre o tema. Vejamos a ementa de uma delas:

SENTENÇA. INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL. COISA JULGADA MATERIAL. INEXISTÊNCIA.

1. Não produz coisa julgada material sentença que indefere liminarmente a petição inicial, por impossibilidade jurídica do pedido, inda que fundamentada em suposta inexistência do direito material.

2. A coisa julgada formal não impede novo ajuizamento da ação, exceto no caso do Art. 267, V, do CPC (Art. 268, caput, CPC). (REsp 1006091/SP; 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, d. j. 17/03/2008, d. p. 13/05/2008).

Assim, do acórdão supratranscrito podemos inferir que a orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a possibilidade jurídica do pedido diz respeito apenas ao processo, não atingindo o direito material, razão pela qual o reconhecimento de impossibilidade jurídica do pedido provoca apenas a coisa julgada formal, não alcançado o status e respectivas consequências de coisa julgada material.

9. Conclusão

Enfim analisamos a relação extingue a possibilidade jurídica como condição de ação e integra como mérito da demanda, antes de ser possível pelo novo Código de Processo Civil, já havia muitas discussões confirmando tal possibilidade. O resultado desse anteprojeto do novo CPC, concretizou as discussões de tantos doutrinadores, e pacificou a teoria eclética de Liebman, que não considerava mais a a possibilidade jurídica do pedido como condição de ação, pois já estaria integrada no interesse processual.

Além disso, nesse artigo citamos duas teorias importantes sobre as condições da ação que se contra-

põem, a eclética e de asserção. A teoria de asserção é aquela que o juiz não precisa analisar as condições de ação de forma profunda se não entrará no mérito, o que não pode ocorrer. Mas é importante denotar que esse artigo demonstrou a grande discussão do projeto do novo CPC, grandes juristas que afirmavam suas opiniões sobre o tema

10. Referências Bibliográficas

ARRUDA, Alvim, Manual de Direito Processual Civil, 13ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

CÂMARA, Freitas Alexandre, Lições de Direito Processual Civil, 14ª edição, Editora Lumen Juris, 2006.

CINTRA, Araújo de Carlos Antônio, Dinamarco, Rangel Cândido, Grinover, Pelligrini Ada, Teoria Geral do Processo, 28ª edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2012.

GALLO, Anderson Henrique. A possibilidade jurídica do pedido e o anteprojeto do CPC. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2627, 10set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17380>>. Acesso em: 25 set. 2012. Leia mais: <http://jus.com.br/revista/texto/17380/a-possibilidade-juridica-do-pedido-e-o-anteprojeto-do-cpc#ixzz27VTBjXvp>

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, Novo Curso de Direito Civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento, 1ª parte, 8ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

GRECO, Filho Vicente, Direito Processual Civil Brasileiro, volume 1: (teoria geral do processo a auxiliares da justiça, 22ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010.

JÚNIOR, Didier Fredie, Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, 9ª edição, Editora Podivm, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira, Teoria Geral do Processo: primeiros estudos, 7ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008.

MONTENEGRO, Filho Misael, Curso de Direito Processual Civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento, 4ª edição, São Paulo, editora atlas, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. A teoria da ação de Liebman e sua aplicação recente pelo Superior Tribunal de Justiça. Alguns aspectos dogmáticos da teoria da asserção. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2190, 30jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13066>>. Acesso em: 23 set. 2012. Leia mais: <http://jus.com.br/revista/texto/13066/a-teoria-da-acao-de-liebman-e-sua-aplicacao-recente-pelo-superior-tribunal-de-justica#ixzz27JclUj9jr>

SILVA, Ovídio Araújo Baptista de, Teoria Geral Processo Civil, 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO, Júnior Humberto, Curso de direito Processual Civil e processo de conhecimento, volume 1, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, Falamini, Eduardo, Curso Avançado de processo Civil, volume 1, teoria geral do processo e processo de conhecimento, 12ª edição ver.atual e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MANO DE OBRA RURAL EN LAS PLANTACIONES DE CAÑA DE AZUCAR DE PERNAMBUCO, EN LA DECADA DE 1990 Y EL DERECHO AL TRABAJO DECENTE DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN BRASIL Y ARGENTINA.

Inácio José Feitosa Neto

Advogado e Conselheiro Federal da OAB.

SUMÁRIO: I – INTRODUCCIÓN; II - EL TRABAJO INFANTIL EN ZONA RURAL DE BRASIL Y ARGENTINA; III – LEGISLACIÓN PROTECTORA DEL TRABAJO INFANTIL; IV - LEGISLACIÓN ARGENTINA SOBRE EL TRABAJO INFANTIL; V –

LEGISLACIÓN BRASILEÑA SOBRE EL TRABAJO INFANTIL; VI – TRABAJADORES INVISIBLES; VII –MOVIMIENTOS AL RESCATE DE LA DIGNIDAD DE LOS NIÑOS; VIII - CONCLUSIONES; IX - BIBLIOGRAFIA.

Palabras clave: Derecho Laboral. Trabajo Rural. Trabajo Infantil. Comparativa Brasil Derecho y Argentina.

Resumen: Este estudio monográfico tiene como objetivo explorar el trabajo de los niños rurales en los campos de caña del estado de Pernambuco, en la década de 1990, con el objetivo específico de llevar a cabo un estudio comparativo de las leyes de Brasil y Argentina en el tema de trabajo niño.

“Si usted no puede salvar al hombre,
No hay nada más digno de ser salvado”
(Calmon de pasos)

I – INTRODUCCIÓN

Este artículo fue preparado por los científicos de disciplina “Garantías del Trabajador”, presentado por el Profa. Dra. Liliana Hebe Literro para la realización del curso de créditos de Doctorado en Derecho Laboral de la Universidad de Buenos Aires, UBA.

Tratamos de aplicar los conocimientos teóricos y prácticos de los contenidos de este módulo académico, la realización de un estudio comparativo, el análisis de documentos, la jurisprudencia y la doctrina trabajo existente sobre los niños rurales en Brasil y Argentina a la edad permitida en sus leyes.

El presente estudio inicia mostrando la realidad del trabajo rural de niños en edad inadecuada en los Canaviais de la Zona de la Mata, del Estado de Pernambuco, Brasil. A continuación, los datos se presentarán investigaciones llevadas a cabo en 1992/1993, denominado “Trabajadores Invisibles”, realizado por el Centro Josué de Castro y británicos organización no gubernamental *Save the Children*.

Cuestiones paralelas se presentan doctrinal ley brasileña y argentina, y también en comparación a la legislación de los dos países sobre la cuestión del trabajo infantil, la edad para el trabajo y el contrato de aprendizaje.

Por lo tanto, el objetivo general de esta investigación es analizar el trabajo de los niños campesinos en las plantaciones de azúcar de Pernambuco, en la década de 1990; con el objetivo de realizar un estudio comparativo específico en las leyes de Brasil y Argentina sobre el tema del trabajo infantil.

II - EL TRABAJO INFANTIL EN ZONA RURAL DE BRASIL Y ARGENTINA

La letra fría de la Constitución de los países, como Brasil y Argentina, además de las leyes ordinarias, y los programas gubernamentales relacionados con el trabajo infantil, a menudo no logran retratar la gravedad de la falta de respeto de los derechos humanos universalmente alojados.

La doctrina de los dos países es unísona en admitir que es en el campo de su país o países en los que la mayor concentración se produce la explotación del trabajo, el trabajo de los niños fuera de la edad legal para el trabajo.

La investigadora argentina Liliana Heber Litterio¹, autora del libro *Trabajo Infantil y Adolescente en la Argentina: las normas y la realidad* (Errepear, 2010, p 85) para abordar el tema “Trabajo Rural”, que examina estas regiones alejadas de los grandes centros urbanos es muy difícil de ver.

Por otra parte, para los hogares rurales es natural que sus hijos trabajen lo más pronto posible, para que puedan aprender el oficio de los padres, la valoración de sí mismo más trabajo en lugar de la Escuela.

Esta misma realidad traída desde Argentina ocurre en Brasil, especialmente en la región noreste, la más pobre del país, cuna histórica de la colonización portuguesa y holandesa.

Un análisis de la cultura de la caña de azúcar en Pernambuco demuestra la impunidad y la indiferencia total de nuestras autoridades para que los explotadores del trabajo infantil en la década de 1990. Define aquí como el empleo de niños menores de la edad legal, mediante la explotación de su fuerza física, con pérdidas escolares y las familias de esos trabajadores.

Para la Comisión Nacional Para La erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI) el trabajo infantil de la Argentina comprende toda actividad económica o estrategia de supervivencia, remunerada o no, realizada por niños que no tienen la edad mínima de admisión en el empleo o el trabajo, o no ha completado la edad de escolaridad obligatoria, o que no haya cumplido dieciocho años de edad, en los casos de trabajo en lugares peligrosos (Apud Litterio, 2010, p. 80).

El Congreso Nacional de Brasil fue la Casa Grande², y trabajan en zonas rurales del país, Senzala³. Dado que la legislación producida y existente en ese momento era el trabajo infantil permisivo. La situación se agravó en la zona forestal del Noreste, con localización predominante monocultivo de la caña de azúcar.

El colonialismo en los Ingenios⁴ brasileños era frecuente en el noreste y reservaron su producción de azúcar para el continente y portugués para el mercado europeo.

La plantación se compone de la casa principal, cuartos de esclavos, la capilla, el jardín y la caña de azúcar. Se utilizó la mano de obra de esclavos africanos negro. Tras la expulsión de la producción holandesa, el azúcar brasileño comenzó a sufrir la competencia del azúcar producido en las islas holandesas de América Central.

Los ingenios se resistieron hasta el siglo XX, en los estados de Pernambuco, Rio de Janeiro, San Pablo y Alagoas. Se extinguió finalmente, desde el desarrollo de la agroindustria y el aumento de azúcar y alcohol. Sin embargo, la cultura de la explotación del trabajo, el trabajo continúa a este día.

En la Argentina dice que el trabajo Litterio (2010) de los niños se lleva adelante en los establecimientos agrícolas dedicados a la producción de horticultura, floricultura y vegetales, productos lácteos, el algodón, el tabaco. Puede ser desarrollado temporalmente, de acuerdo con cada estación fruta, y en muchos casos con el uso de productos peligrosos para su salud.

En Brasil, el jurista Ives Gandra Martins da Silva Filho a escribir sobre el “Rol del Ministerio de Trabajo para Combatir la Explotación Laboral de Niños, Niñas y Adolescentes”, por Asesoría Laboral - EPOC, el boletín semanal 51/1996, los registros:

1 Abogada, egresada con Diploma de Honor en la Universidad Católica de Salta (UCA). Doctora en Derecho en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora de las Especializaciones en Derecho del Trabajo y en Derecho de Familia (UBA). Profesora Adjunta Regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UBA). Ex Directora del Curso Anual de Posgrado en Derecho del Trabajo y Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad Católica de Salta, Sede Buenos Aires). Ex consultora externa de la Organización Internacional del Trabajo en materia de trabajo de niños, niñas y adolescentes. Autora y coautora de numerosos libros y artículos en la especialidad.

2 Esta metáfora del trabajo del sociólogo Gilberto Freyre Pernambuco es capaz de traducir una realidad poco triste experiencia de ese momento factor de emulsionante para la reforma legal en la Constitución de Brasil de 1998 en su Código Civil y las leyes laborales.

3 El Senzala era una especie de vivienda o alojamiento de los esclavos brasileños. Existieron durante todas las fases de la esclavitud (entre los siglos XVI y XIX) y se construyeron dentro de la unidad de producción (minas de oro Engenho y plantaciones de café). Fuente: www.wikipedia.com.br en 16.02.2013.

4 Las granjas productoras de azúcar en el período histórico de la colonización en Brasil se reportaron como azúcar ingenio. El término también define las máquinas utilizadas para moler caña de azúcar.

“En Brasil hay casos específicos investigados por el Ministerio de Trabajo y retratar perfectamente esta realidad son los siguientes: 1. Calzado Industria en Franca (SP) - externalización de carácter acabado Bunker zapatos familiarizados con el uso de menor” de trabajo con pegamento, altamente tóxico: 2. Recogiendo naranjas en Itápolis (SP) - Los niños recogiendo 70 cajas por día, para ayudar a los padres que son contratados: 3. Carbón de Minas Gerais - el menor trabajo en el corte, transporte y quema troncos de eucalipto para alimentar las fábricas: 4. Fabricación de Sisal en Bahía - el uso de la máquina denominada” Paraibana ha paralizado a muchos niños, para sacar las manos del operador, acurrucado entre las fibras de sisal: 5. **Las plantaciones de caña de azúcar de Pernambuco - corte con machetes grandes y peligrosas, se hace por los niños, ayudar a los padres que están realmente contratados**” (El subrayado es mío).

En ambos países existe la presencia de los padres en la realización del trabajo infantil, totalmente precaria y perjudicial para la salud de niños y adultos, también la promoción de su Escuela lejanía y la interrupción de la entidad familiar rural.

Contrariamente a la afirmación de que: “no sólo cae en una suerte de paja de la caña, que murió al nacer”⁵, logo, parece que hay movimientos en el rescate de la ciudadanía “Los niños de paja”, promovido por la sociedad civil y entidades públicas. Aunque tímido, eran la única luz que puede penetrar en las senzalas en el siglo XX, como se verá más elevada.

III – LEGISLACIÓN PROTECTORA DEL TRABAJO INFANTIL

Sesenta y uno convenios y recomendaciones de la OIT - Organización Internacional del Trabajo - relacionados con el trabajo de los niños y adolescentes⁶, entre ellos el Convenio N ° 138 de 1973, y la Recomendación N ° 146, relativo a la edad mínima de admisión al cualquier empleo, y N ° 182, de 1999, y la Recomendación N ° 190, que el objetivo de eliminar las peores formas de trabajo infantil.

La Constitución de la República Federativa del Brasil en 1988, en su art. 7, artículo xxx , afirmó la prohibición del trabajo nocturno, peligroso o insalubre a los menores de dieciocho años y de cualquier trabajo para menores de catorce años, excepto como aprendices.

Debido a la presión internacional, la Constitución brasileña comenzó a adoptar una nueva redacción a la seguridad laboral de los niños a través de la Enmienda Constitucional. 20, 15.12.1998, va a sellar cualquier tipo de obra menor de dieciséis (16) años, salvo como aprendices, desde los catorce (14) años.

La Constitución argentina antes de la reforma se llevó a cabo en 1994 no contenía dispositivo de cierre en relación con el trabajo infantil. Sólo queda protecciones indirectos plena protección a la familia y la compensación económica familiar (Litterio, 2010).

Sólo con las reformas constitucionales de 1993 se magnifican el sistema argentino de protección infantil.

Se destaca en la reforma produjo el Artículo 75, inciso 22, que le da rango constitucional entre los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos a lo siguiente: la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los derechos humanos, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el pacto internacional de derechos civiles y políticos y la Convención Americana sobre derechos humanos.

Creemos que la Constitución de Argentina aprobó los tratados descritas progresado bastante tímido en comparación con la legislación brasileña en materia de derechos humanos y la protección al trabajo infantil.

Es interesante notar que las leyes de las provincias argentinas reconocen derechos sociales generales o de los derechos de protección garantizado a los niños. A diferencia de Brasil, donde el pacto federal no se da en la distribución de competencias a los Estados otorgasen acerca de la posibilidad de los derechos civiles y laborales, por ejemplo.

5 Declaración cortador de caña de azúcar, José Joao Paulo da Silva, el Boletín Oficial el aviso Pernambuco: Mirins Sina de caña de azúcar, autor: Xico Sá, en 05. 05. 1997.

6 OLIVEIRA, Oris. **El trabajo del niño y del adolescente**. Sao Paulo: LTR, 1994, pp 43-61.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su artículo 39 reconoce a los niños y adolescentes sujetos activos de sus derechos, lo que garantiza una protección completa, y otras medidas de seguridad. También existen normas ordinarias de plena protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes, la erradicación del trabajo infantil y su lucha por el control preventivo.

La Constitución Nacional, en su artículo 75, el artículo 23, concede al Congreso la posibilidad de legislar y promover medidas de protección para los niños, mujeres, ancianos y discapacitados.

En la Argentina los pronósticos de la ley 26.390 trajes nacionales objetivas del n acuerdo. 138/1996 sobre la edad mínima, momento en el cual el Estado argentino se ha comprometido a garantizar la abolición del trabajo infantil.

Sobre la legislación argentina transmitió las observaciones de seguimiento en Tercer Capítulo, entonces contrapone con la legislación brasileña.

IV - LA LEY ARGENTINA SOBRE EL TRABAJO INFANTIL

El Código Civil argentino en su artículo 126 define a los menores como a las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años. También de acuerdo a la ley 17.711. Por otra parte son menores impúberes los que aún no tuvieron la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esa edad hasta los veintiún años cumplidos (art. 127).

La Ley 5391/1907 fue la primera ley argentina de fijar una edad mínima para el trabajo de diez años. Posteriormente, la ley 11.317 derogó y elevó la edad mínima de doce años para cualquier tipo de trabajo. Enviar esta norma fue derogada por la Ley 20744 que aprueba la LCT, lo que elevó la edad mínima a 14 años y prohibir cualquier trabajo en esta edad.

Acerca de la Ley de Contrato de Aprendizaje 25.023, en su artículo 1, aborda el tema. En él se establecen los mínimos de tres meses y un año máximo. No se pudo horas de trabajo de los aprendices exceder semana cuarenta horas, incluyó la formación teórica relacionada.

El art. 128 dice que desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo las normas del derecho laboral, el menor podrá administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos.

La Ley de Contrato de Trabajo 20.744 dispone en su artículo 189 que queda prohibido a los empleadores ocupar a menores de 14 años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro. Esa prohibición no alcanzará, cuando medie autorización del ministerio pupila, a aquellos menores ocupados en las empresas en que sólo trabajen los miembros de la misma familia y siempre que no se trate de ocupaciones nocivas, perjudiciales o peligrosas. Tampoco podrá ocuparse a menores de edad superior a la indicada que, comprendidos en la edad escolar, no hayan completado su instrucción obligatoria, salvo autorización expresa extendida por el ministerio pupila, cuando el trabajo del menor fuese considerado indispensable para la subsistencia del mismo o de sus familiares directos, siempre que se llene en forma satisfactoria el mínimo de instrucción escolar exigida.

El art. 187 ratifica el anterior, al afirmar que los menores de uno u otro sexo, mayores de 14 años (hoy hay que tener 15 años de edad para tener capacidad plena para celebrar un contrato de trabajo por Ley Federal de Educación, de Educación Básica, SALVO CUESTIONES DE FAMILIA O DE INDIGENCIA) y menores de 18 podrán celebrar toda clase de contrato de trabajo previstas en el art. 32 (capacidad) y siguientes de esta ley. Las reglamentaciones, Convenciones Colectivas de trabajo o tablas de salarios que se elaboren, garantizarán al trabajador menor la igualdad de retribución, cuando cumpla jornadas de trabajo o realice tareas propias de trabajadores mayores.

El empleador al contratar trabajadores de uno u otro sexo, menores de 18 años deberán exigir de los mismos o de sus representantes legales, un certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo, y someterlos a los reconocimientos médicos periódicos que prevean las reglamentaciones respectivas (art.188).

En cuanto a la jornada de trabajo: no podrá ocuparse a menores de 14 a 18 años durante más de 6 horas diarias o 36 semanales en ningún tipo de tareas, sin perjuicio de la distribución desigual de las horas

laborales.

La jornada de menores de más de 16 años, previa autorización de la autoridad administrativa, podrá extenderse a 8 horas diarias o 48 semanales. No se podrá ocupar a menores de uno u otro sexo en trabajos nocturnos, entendiéndose como tales: el intervalo comprendido entre las 20 y las 6 horas del día siguiente (art. 190).

El art. 192 dispone que el empleador dentro de los 30 días de la ocupación de un menor comprendido entre los 14 y 16 años, deberá gestionar la apertura de una cuenta de ahorro en la Caja Nacional de Ahorro y Seguro. Dicha entidad otorgará a las mismas el tratamiento propio de las cuentas de ahorro especial. La documentación respectiva permanecerá en poder y custodia del empleador, mientras el menor trabaje a sus órdenes, debiendo ser devuelta a éste o a sus padres o tutores al extinguirse el contrato de trabajo, o cuando el menor cumpla los 16 años de edad.

El empleador debe depositar en la cuenta del menor el 10% de la remuneración que le corresponda, dentro de los 3 días subsiguientes a su pago, importe que será deducido de aquélla (art.193).

Los menores de uno u otro sexo gozarán de un período mínimo de licencia anual, no inferior a 15 días (art.194).

Respecto a accidente de trabajo o enfermedad de un menor, si es causa alguna de las tareas prohibidas o infracción de los requisitos, será resultante de culpa del empleador, sin prueba en contrario, a los efectos de las responsabilidades e indemnizaciones (art. 195).

Un caso particular lo presenta la Ley 114 aprobada en 1998, la que resulta de aplicación obligatoria en la Ciudad. En su segundo artículo consagra el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como "el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos a ellos reconocidos y los que en el futuro pudieran reconocérseles". Y establece pautas, incorporando las reglas mencionadas, además de muchas garantías procesales.

En el preámbulo de la Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires. Se lee: "... con el *propósito de garantizar la dignidad* e impulsar la prosperidad de sus habitantes..."

Luego en su art.11"...*todas las personas tienen idéntica dignidad* y son iguales ante la ley..."

En el art.12 "...*la ciudad garantiza*. el derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte integrante de la dignidad humana..."

Y finalmente en el art. 13 "...*la ciudad garantiza la libertad de los habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas.*"

En la Constitución de la Provincia de Entre Ríos: el art. 6 dice "...los derechos declaraciones y garantías enumerados en la constitución... no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno y *que corresponden al hombre en su calidad de tal...*"

La Constitución de la Provincia del Chaco: en su preámbulo expresa: "... nos los representantes del pueblo de la provincia del Chaco... respetuosos de nuestra cultura fundante, *con la finalidad de exaltar la dignidad de la persona humana...*"

En su artículo octavo: "...los habitantes de la provincia tienen *idéntica dignidad social...*"

El art.14: "...los derechos deberes, declaraciones y garantías enumerados... en la Constitución Nacional,... no serán entendidos como negación de otros no enumerados que atañen a la esencia de la democracia, al sistema republicano de gobierno, a la libertad, *a la dignidad* y la seguridad de la persona humana.

Y finalmente en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en el art. 12 dice:"...*todas las personas de la provincia, gozan entre otros de los siguientes derechos: 3- al respeto de la dignidad...*".

V - LEGISLACIÓN BRASILEÑA SOBRE EL TRABAJO INFANTIL

El nuevo Código Civil brasileño, Ley n. 10.406, de 10 de enero de 2002, reducido en su arte. 5, la mayoría civil de 21 (veintiún) años a dieciocho (18) años de edad.

Puesto que la ley n. 10.097/2000, ampliada por el Decreto Federal. 5.598/2005. Declara que todas las

medianas y grandes empresas emplean a un número de aprendices equivalente a un mínimo del 5% y un máximo del 15% de su personal cuyas funciones demanden formación.

Bajo la ley de aprendizaje, es el joven aprendiz que estudia y trabaja, recibir, mientras que la formación en la ocupación para la que está habilitando. Debe asistir regularmente a la escuela (si es que aún no se graduó de la escuela secundaria) y estar matriculado y asistiendo institución profesional, la educación técnica contratada por la empresa.

Jóvenes de 14-24 años de edad que asisten a la escuela primaria o secundaria. La edad máxima prevista no se aplica a los alumnos con discapacidades. Prueba de aprendizaje escolaridad con discapacidad mental debe considerar por encima de todas las habilidades y competencias relacionadas con la profesional.

Las horas de trabajo no debe exceder de seis horas diarias, admitiendo hasta ocho horas para los aprendices que ya han terminado la escuela secundaria, cuando dicho acceso es el horario para el aprendizaje teórico calculado.

El contrato de aprendizaje es un contrato de trabajo especial con una duración máxima de dos años, nota en el Empleo y Seguridad Social, el salario mínimo / hora y todos los derechos laborales y sociales garantizados.

El aprendiz contratado con derecho a sueldo del mes 13 y todos los beneficios otorgados a otros empleados. Sus vacaciones deben coincidir con las vacaciones escolares, se prohíbe a plazos.

Las empresas están sujetas al pago del 2% tasa de retorno sobre los valores de todos los jóvenes, incluyendo propinas al crédito en la cuenta vinculada a FGTS. El pago de la contribución al INSS es obligatorio, y el empleado aprendiz-asegurados.

incentivos fiscales y tributarios: - Sólo el 2% de FGTS (tasa 75% inferior a la contribución normal); - Las empresas registradas en "Simple" que decidan participar en el programa de aprendizaje, ningún aumento de las cotizaciones sociales, - Renuncia a la Notificación Previa pagado; - Exención de terminación fina.

Incluso antes de que una Constitución joven (1988), el artículo 227, puso de manifiesto que la situación de incertidumbre en Canavialis de Pernambuco, como se verá más adelante, no se ajustaba a las expectativas de una carta de ciudadano:

“Es el deber de la familia, la sociedad y del Estado asegurar al niño y adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, la salud, la alimentación, la educación, el ocio, la formación profesional, la cultura, la dignidad, el respeto, la libertad y la familia y la comunidad, y colocarlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión.”

El § 3, fracciones I y II de este artículo de la Constitución brasileña, regula la edad mínima de catorce años para la admisión al empleo y la garantía de la seguridad social y los derechos laborales. Sin embargo, como hemos visto, fue modificado por la legislatura para poner freno a la explotación del trabajo infantil, es decir, observar la Enmienda Constitucional (CE) n. 20 de 15.12.1998.

La CE n. 20/1998 fortaleció aducido en el capítulo, los derechos sociales, la CF/1988. Es interesante notar no sólo la garantía de los derechos laborales, sino también de derechos sociales, ya que este presenta el capítulo constitucional titulado "Familia, Niño, Adolescente y Personas Mayores", lo que demuestra que, además del capítulo Sociales se dedica al trabajador, las normas del derecho laboral presenta dispersa por diferentes títulos de la Constitución brasileña.

Tras la promulgación de la Constitución de Brasil se publicó la ley n. 8609, 13. 07. 1990 (que trata el Estatuto del Niño y del Adolescente), lo que refuerza los preceptos de la Constitución republicana de 1988, cuando en su art. 60, propone: "El trabajo está prohibido para menores de dieciséis años de edad, salvo como aprendices", modificado por la Enmienda Constitucional. 20/1998.

Así que para la mayor parte de la década de 1990, la capacidad de la menor a trabajar paso a catorce (14) años de edad, en relación con el dieciocho (18) años, con el objetivo de las disposiciones del arte. 793 CLT - Consolidación de las Leyes Laborales - (Das Partes y Procuradores). Después de esta edad la capacidad

de lograr realmente o hacer ejercicio⁷, a diferencia del derecho civil, la cual, en el art. 9 de la CCB 1916 (Código Civil), establece:” En 21 (veintiún) años de edad tiene sólo una minoría, el individuo que está siendo habilitada para todos los actos de la vida civil”.

En cuanto a la cuestión de la “prohibición del trabajo” y “aprendices”, jurista Russomano⁸, que aclara realiza la siguiente crítica:

“Los menores catorce aprendices pueden, sin el constituyente ha dicho a qué edad es posible, lo que nos hace pensar que - si bien no sobrevivir ley ordinaria que regule la disposición constitucional - aprendizaje puede desarrollarse cuando el menor tiene más de doce años y menor de dieciocho años, aplicando aquí la ley anterior, considera, en efecto, salvo en la medida en que sea compatible con la Constitución de 1988.”

Teniendo en cuenta la posibilidad de no poder trabajar, o no es capaz de desarrollar cualquier trabajo, temporal, empresa suelto o pequeños, el célebre Prof. Amauri Mascaro do Nascimento⁹, dijo:

“Al prohibir cualquier trabajo a la menor de catorce años y admitir una excepción para el alumno, la Constitución no sólo prohíbe las relaciones laborales, sino también otras relaciones de trabajo”.

Otro punto de aclaración en relación con el aprendizaje en objeto rural, de nuestro trabajo fue el Decreto. 77 354 de 31. 03. 76, que creó el Consejo Nacional de Formación Profesional Rural - SENAR la regulación de los dispuesto en el art. 62, ADCT – Acto de Disposiciones Constitucionales Transitorias¹⁰.

La ley n. 8315, 23. 12. 1991, dispuso la creación de la “Aprendizaje Rural Nacional”, acaba de cambiar la nomenclatura de la institución, adaptándola al nuevo modelo constitucional, porque sabemos que no puede ser capaz de crear, que ya existe en el mundo jurídico.

VI - TRABAJADORES INVISIBLES¹¹

La dificultad de controlar el uso de PPE -. Equipo de protección personal (debido a las actividades insalubres y peligrosas), el pago de las horas extras, el bono de Navidad, la firma de un oficial, etc, en los grandes centros urbanos industriales y es conocida por todos nosotros. Imagínese, entonces, lo que no sucede en la Zona da Mata del nordeste de Brasil, típicamente rural, con tierras fértiles, en las que el monocultivo de la caña de azúcar, del imperio, domina la economía de la región, llegando a confundir con la ciudad Ingenio¹².

Es difícil hablar de la relación cuantitativa con el trabajo infantil en el cultivo de caña de azúcar, ya que no existen estadísticas sobre el tema, ya que hasta hace poco las autoridades constituidas niega esta realidad.

Sin embargo, se estima, de acuerdo con el Informe de investigación Pilot “niño/caña/trabajo” Centro Josué de Castro¹³, el período de cosecha llamado “chuleta” o caña de corte en meses septiembre a marzo, llega a involucrar a unos 240.000 trabajadores, de los que se encuentran el 25% en niños y adolescentes de edades comprendidas entre 7 y 17 años de edad.

El Centro Josué de Castro¹⁴ observó el siguiente perfil de plantaciones jóvenes trabajadores de Pernambuco:

7 Antonio Maria Helena Chaves apud Diniz, Campo brasileiro Derecho Civil, Ed. Saraiva, St. Paul, 1995, p. 87. Capacidad para conceptualizar la realidad o el ejercicio, como: “la capacidad de ejercer por sí mismos actos de la vida civil, según lo cual el fallo es que la discreción, prudencia, juicio, tacto, inteligencia, y, bajo la asombrosa legal, fitness que la persona tiene que distinguir legal de ilegal, la práctica dañina”.

8 Mozart Victor Russomano, Campo de Derecho del Trabajo, 5ª edición, Ed. Juruá, Curitiba, 1995, p. 372.

9 Amauri Mascaro de Nascimento, Derecho Laboral en la Constitución de 1998, Ed. Saraiva, St. Paul, 1989, p. 205/206.

10 “La ley crea el Aprendizaje Rural Nacional (SENAR) modeló la legislación sobre el Servicio Nacional de Aprendizaje Industrial (SENAI) y el Servicio Nacional de Educación Comercial (Senac), sin perjuicio de las competencias de los organismos públicos que trabajan en la” zona”.

11 Expresión utilizada en la investigación del Centro Josué de Castro - estudios y la investigación. Los trabajadores invisibles, Informe de Investigación 1992/1993, p. 10, Recife (PE).

12 Molino de azúcar, a menudo abreviado como Mill, es el nombre dado a una unidad industrial especializada en la transformación de la caña de azúcar en la remolacha azucarera u otros derivados, como la melaza o la caña de azúcar. Fuente: www.wikipedia.com.br en 16.02.2013.

13 Una organización no gubernamental (ONG) dedicada al estudio y la investigación en el noreste de Brasil, en asociación con la organización británica Save the Children.

14 Josué de Castro Center - estudios e investigaciones. Los trabajadores invisibles, Informe de Investigación 1992/1993, p. 10, Recife (PE).

- a) Tipo de construcción de su casa:
Albañilería - 57,6%; sin revocar Taipa - 41,8%, el resto en madera rústica.
- b) Baños / aseos en casas existentes:
Interior - 21,2%; externa individual - 50%; colectiva externo - 5,3%; No - 22,9%; Sin información - 0,6%.
- c) El acceso al agua del grifo:
Sí - 48,2%, No - 51,8%
- d) Localización de Aguas y Residuos de casas:
Aseos - 75,3%;
Enterra - 1,8%; Cielos Abiertos - 22,3%;
Sin información - 1.6%.
- e) El acceso a la electricidad:
Sí - 80% No - 18,2%; Sin información - 1,8%.
- f) Acceso a los Bienes de Consumo Duradero - Relativa a la preparación y conservación de alimentos:
f.1. Licuadora: Yes - 30,6%, No - 69,4%.
f.2. Gas Cocina: Si - 71,8%, No - 28,2%.
f.3. Nevera: Sí - 14,7% no, el 85,3%.
- g) Acceso a los Bienes de Consumo Duradero - Comunicación y Entretenimiento Productos y Servicios Relacionados:
g.1. Radio: Sí - el 69,4%, No - 30,6%.
g.2. Televisión: Sí - 35,3%, No - 64,7%.
- h) Acceso a los Bienes de Consumo Duradero - En relación con el transporte:
h.1. Bike: Sí - 12,4% No - 87,6%.
h.2. Coche: Si - 0,6%, No - 99,4%.
- i) de los primeros trabajos: entre 7 y 13 años - 91,2% (primeros años de vida productiva de los niños y adolescentes de caña de azúcar).
- j) Los ingresos de la familia Los niños y adolescentes de caña de azúcar:
J.1. No reciben ninguna compensación directa por su trabajo - 43,2% (la remuneración de estos está integrado en el alquiler de la fuerza de trabajo del padre o tutor).
j.2. Pagado - 34,9% (la mitad reciben un salario mínimo), y sólo el 7,5% (recibiendo el salario mínimo).

No podemos olvidar que, además de la explotación infantil que otros trabajadores escena social, situaciones terribles de vida debido a que sus derechos laborales son, en la mayoría de los casos, usurpado, no teniendo CTPS (Trabajo y Bienestar Social) firmaron día de trabajo definidos, ni los salarios, normas de higiene y seguridad, decente y segura.

Por otra parte, nos complace observar que el brasileño n JV. 20/1998 cambió el sistema en su conjunto a trabajar para la mayoría, que prohíbe categóricamente su existencia antes del año dieciséis (16), excepto como aprendices de catorce (14) años.

VII- MOVIMIENTOS AL RESCATE DE LA DIGNIDAD DE LOS NIÑOS

En este capítulo se explican las acciones que se realizan en Brasil y Argentina para la erradicación del trabajo infantil.

V.1 - EN BRASIL: LA CUESTIÓN DE LA CAÑA DE AZÚCAR

Consideramos que es importante registrar las acciones tomadas por las asociaciones, sindicatos, organizaciones no gubernamentales, gobiernos locales y los organismos públicos, al tratar de recuperar la

ciudadanía de la caña de azúcar jóvenes, poniéndolos en la escuela y dar una vida mejor a sus familias. Destacamos:

a) Proyecto Mano Amiga- Bolsa Ciudadana de Niños

Su objetivo es garantizar que la entrada, estancia y reingreso proporcionar a las familias con niños y adolescentes trabajadores (7-14 años), azúcar de caña principalmente paja, la educación escolar básica, talleres y el aprendizaje práctico de las actividades agrícolas por medio de asistencia financiera como una forma de complementar el ingreso familiar, de la siguiente manera: hasta 2 niños, las familias reciben una beca por la suma de \$ 50,00; familias con 3 o 4 niños reciben el límite máximo de 3 maletas.

b) PAI - Programa de Actuación Integrada

Objetivo de la eliminación del trabajo infantil y protección de adolescentes que trabajan en la zona forestal de Pernambuco, a través de acciones integradas, coordinadas por el Ministerio de Trabajo en colaboración con la OIT / IPEC, después de haber sido creado en abril de 1996, el DRT / PE (Regional del Trabajo), un grupo de trabajo multidisciplinar con el objetivo de hacer de las articulaciones y los estudios destinados a retirar a los niños cortan caña y mantenerlos en la escuela, la formación profesional y la educación básica.

c) Pacto Paulo Freire

Buscar en la erradicación del trabajo infantil y la profesionalización del sector del alcohol de los adolescentes en el Estado de Pernambuco, que interviene en la coordinación de la cadena de suministro de las políticas del azúcar y el alcohol, y sociales de la zona cañera. Acabados de la expansión gradual a todos los municipios de esta región del proyecto Brasil Niño Ciudadano.

V.2 - EN ARGENTINA Y SU PROGRAMA DE ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL

Argentina, como país participante Del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), conformó en el año 2000 la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI) en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, con el objeto de coordinar, evaluar y dar seguimiento de los esfuerzos a favor de la detección y erradicación del trabajo infantil en nuestro país.

La CONAETI está integrada por representantes del Ministerio de Trabajo, Ministerio de Educación, Ministerio de Salud, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Defensa, Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente, Ministerio de Economía, Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, Secretaría de Culto y Cultura, Dirección Nacional de la Juventud, Instituto Nacional de Estadística, Consejo Federal de Trabajo, Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, Unión Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores, Confederación General del Trabajo, Central de Trabajadores Argentinos, Federación Agraria Argentina, Sociedad Rural Argentina, Unión Industrial Argentina, Conferencia Episcopal Argentina, Cáritas Argentina, y OIT/IPEC y Unicef como organismos asesores.

Plan Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil

La CONAETI diseñó el Plan Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil encuadrado en los compromisos y responsabilidades asumidos por el Estado argentino. El Plan Nacional constituye un conjunto de objetivos y lineamientos para el cumplimiento de una política pública de prevención y erradicación del trabajo infantil, enmarcada en la protección integral de los derechos de niñas y niños.

Comisiones Provinciales para la Erradicación del Trabajo Infantil

En el marco del Convenio celebrado entre el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI) y el Consejo Federal del Trabajo, se impulsó la creación de Comisiones Provinciales para la Erradicación del Trabajo Infantil (COPRETI), a los efectos de coordinar en forma conjunta actividades destinadas a la prevención y erradicación del trabajo infantil que se implementen en las distintas jurisdicciones, con los organismos e instituciones que deban ser convocadas para tal fin.

Organizaciones de Trabajadores

Con las organizaciones gremiales, se apoyó el desarrollo de actividades de capacitación y difusión, con docentes (CTERA) y trabajadores rurales (UATRE), así como con la Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur (CCSCS).

Organizaciones de Empleadores

En 2007 se creó la Red de Empresas contra el Trabajo Infantil en la Argentina, presidida por la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI), y cuenta con el asesoramiento de UNICEF y OIT. A través de esta alianza público-privada, se desarrollaron diversas acciones de capacitación, comunicación y sensibilización, y se incrementaron los controles en la cadena de proveedores.

VIII - CONCLUSIONES

Antes de que el estudio sobre el trabajo rural en Canaviais de Pernambuco, en la década de 1990 y el derecho al trabajo decente de los niños y adolescentes en Brasil y Argentina, llegó a las siguientes conclusiones:

1. Ambos países han sido objeto de una reforma en sus sistemas legislativos para adaptarse a las convenciones internacionales para erradicar el trabajo infantil dirigido por la OIT;
2. Usted puede verificar que la OIT ha tratado, en lugar de abolir completamente el uso de la mano de obra del niño, la edad mínima para la admisión en el mercado de trabajo y abolir las formas más inhumanas de trabajo infantil;
3. Esto confirma que la situación del mundo posición con respecto a la utilización del trabajo infantil, es bastante complejo, que implica una serie de factores en varios países;
4. La ley vigente en la materia, respetando las peculiaridades constitucionales de cada Estado, adquirido mayor importancia desde la década de 1990;
5. La mano de obra rural, ya sea en Brasil o en Argentina, es el lugar donde hay una concentración de trabajo infantil fuera de la edad mínima de cada país;
6. La explotación del trabajo, el trabajo de los niños afecta a su vida escolar, su desarrollo personal y desglosa de la institución familiar;
7. La existencia de una legislación que pretende luchar contra el trabajo infantil irregular no es suficiente para un período completo este grave mal que azota a las dos naciones;
8. Se puede decir que el contrato de aprendizaje puede ser un medio para defraudar los derechos laborales, donde no las autoridades de ambos países supervisan y castigar a los delincuentes;
9. ara erradicar el trabajo infantil requiere de un pacto social, con la participación activa de la sociedad, el gobierno, las organizaciones privadas y sociales en la promoción de políticas educativas de sensibilización, supervisión, apoyo a las familias de bajos ingresos y presencia rural Declare estos lugares.

IX- BIBLIOGRAFÍA

- BARROS, de Alice Monteiro. Curso de derecho laboral. Sao Paulo: LTR, 2005.
- COHELO, João Gilberto Lucas Coelho. En CURY, Munir (coord). Estatuto del Niño y del Adolescente, comentó: menciones legales y sociales. 7^a ed. revisado y actualizado. Sao Paulo: Malheiros, 2005.
- Constitución de la Nación Argentina, Ed. Zavalía, 2000.
- Constitución de la Provincia de Córdoba, Ed. Zavalía, 2000.
- Las Nuevas Constituciones Provinciales, Frias Pedro J.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Derecho del Trabajo. 3^a ed. Sao Paulo, LTR, 2004, 1471 págs.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Análisis y recomendaciones para la mejora de la legislación y el cumplimiento de las normas nacionales e internacionales sobre el trabajo de niños y adolescentes en Brasil. Disponible en: <http://www.oit.org.pe/ipecc/documentos/brasil_171.pdf>. Consultado: 15 de diciembre de 2012.

GRUNSPUN Haim. La Obra de la Infancia y la Adolescencia. Sao Paulo: LTR, 2000.

AMP INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE TRABAJO SOBRE NORMAS SC. Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en <<http://www.institutoamp.com.br/oit138.htm>>.

AMP INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE TRABAJO SOBRE NORMAS SC. Recomendación N ° 146 de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en <<http://www.institutoamp.com.br/oit138.htm>>.

LOBO, Ana María. Los derechos del niño - Aspectos históricos. Disponible en: <<http://www.apriori.com.br/cgi/for/viewtopic.php?p=1510>>. Consultado el 20 2006 junio

LITTERIO, Liliana Hebe. Trabajo infantil en la Argentina y del Adolescente: normas y la realidad. Buenos Aires: Errepear de 2010.

MARANHAO, Délio. Derecho del Trabajo, 17^a ed. Río de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

NACIMIENTO, Amauri Mascaro. La iniciación de la legislación laboral. 24a ed. rev. y actual. Sao Paulo: LTR, 1998.

NETO, Shale Tiago Medeiros. La protección del trabajo de los niños, niñas y adolescentes: fundamentos y constitucional. Disponible en <<http://www.prt21.gov.br/doutr14.htm>>. Consultado el 15 de junio de 2006.

OLIVEIRA, Oris. En CURY, Munir (coord). Estatuto del Niño y del Adolescente, comentó: menciones legales y sociales. 7^a ed. revisado y actualizado. Sao Paulo: Malheros, 2005, p. 211.

www.cambiocultural.com.ar BECCARIA, Luis, "Desempleo, pobreza y exclusión social", Julio 2002.

www.cambiocultural.com.ar/actualidad/pobrez, ¿Cómo se mide la pobreza?

www.LatínSalud.com, "El Hambre en la Argentina", "La mala alimentación es una hipoteca del futuro"

www.Laleyonline.com

www.Nutrar.com, "Conceptos básicos de Salud", "Conceptos básicos de Nutrición"

www.Lavozdelinterioronline.com, "Mortalidad Infantil, una realidad preocupante"; 10/11/01, "Córdoba sufre el flagelo del hambre"; 02/11/02, "Morir de hambre en Argentina"; 14/11/02, "Las zonas rojas del hambre en Córdoba"; 21/11/02, "6 de cada 10 chicos argentinos son pobres"; 09/12/04, "Terror de Gobernantes"; 25/10/04, "Las Huellas del Hambre"; 19/09/04, "Un futuro negativamente condicionado"; 29/05/05.

CONCESSÕES E AUTORIZAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Breno Lopes Miranda de Almeida

Sócio - Fundador e advogado militante no escritório Breno Lopes Advogado Associados, atuante nas áreas de Direito Civil, Empresarial, Contratual, Consumidor, Família, Sucessões, Trabalhista e Penal. - Possui graduação em DIREITO pela Faculdade Integrada do Recife (2008), é Pós-graduado/Especialista em Direito Civil e Direito Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, é Pós-Graduado/Especialista em Docência do Ensino Superior pela UNINASSAU - Centro Universitário Maurício de Nassau, é Pós-Graduado em Direito Contratual pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. - Coordenador e Professor da Pós-Graduação em Direito do Consumidor OAB - ESA - UNINASSAU - Centro Universitário Maurício de Nassau 2012.1. - Coordenador da Pós-Graduação em Processo e Direito do Trabalho OAB - ESA - FACULDADE JOAQUIM NABUCO - Centro 2013.1. - Professor de Direito Civil, Direito Empresarial e Trabalhista. - Ex-Professor de Direito do Trabalho e Prática Trabalhista do Núcleo de Prática Jurídica da UNINASSAU - Ex-Professor de Direito de Família e Sucessões e prática Civil (Geral) do Núcleo de Prática Jurídica da UNINASSAU - Professor de Direito Civil - Parte Geral, Direito Empresarial e Direito do Consumidor no Curso Probus - Lumen. - Ex-Juiz Auxiliar do 18o. Juizado Especial Cível da Capital/PE. - Árbitro do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco vinculado à Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da UNINASSAU Centro Universitário Maurício de Nassau. - Membro da Comissão de Assuntos Imobiliários - CAI - da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional/PE. - Ex-Representante Comercial por 12 anos no ramo empresarial de pneumáticos.

Sumário: Introdução; 1- Conceito de Serviço Público; 2- Concessão de Serviços Públicos; 3- Autorização de Serviços Públicos; 4- Conclusão; Referências.

Introdução

Esse artigo visa promover uma reflexão sobre os principais pontos característicos relevantes e ou polêmicos existentes na relação entre as concessões e autorizações de serviços públicos, bem como tentar esclarecer o por que da não inclusão de forma clara e precisa de um artigo que realmente regulamentasse e determinasse as características do uso da autorização, visto que tal assunto, apenas está inserido de forma breve no artigo 21, inciso XII da nossa Constituição Federal, deixando evidente, a existência de diferenças entre os conceitos e características contidos na concessão e a autorização de serviços públicos. Pode-se desta maneira, procurar um entendimento a respeito de um assunto que é tratado e disciplinado de forma não completa, no artigo 175 da CF, pois apenas cita os regimes da concessão e da permissão, sem sequer fazer qualquer referência ao regime da autorização.

Fazendo um breve relato sobre a definição e as características do que seria o serviço público, conceituando e diferenciando seus sentidos de existência, bem como sua evolução e principais elementos; deixando o leitor na posição de poder entender de forma simples e precisa, em qual dos ramos poderiam ser distribuídos essa terceirização dos serviços públicos. O Estado, que tem que ser parte através de qualquer dos seus entes nessa relação, teria que manter a posse e a guarda sobre o serviço público segundo a legislação vigente, contudo, tem sido ponto pacífico nas doutrinas, que essa posse passará a ser de propriedade de terceiro, que por desempenhar a real efetivação desse serviço, por sua conta e risco, porém sob sua fiscalização, regulamentação e intervenção, visto que tal posse tornou-se fato discutível já que a manutenção dessa propriedade com o cedente tornaria sem lógica o *status* de posse, pois o sentido de posse seria inexistente sem a responsabilidade sobre o objeto dessa concessão ou autorização, sendo aceito dessa forma, tal transferência para o cessionário ou autorizado.

Conceito de Serviço Público

Não sendo de fácil definição, o conceito de serviço público sofreu ao longo do tempo várias transformações, tanto no âmbito de seus elementos constitutivos, quanto em sua abrangência, podendo ser conceituado de forma ampla ou ainda de forma restrita por alguns autores. Contudo, para a obtenção de tal conceito, podem-se combinar três elementos essenciais tais como: o material, que se caracteriza pela atividade de interesse coletivo; o subjetivo, que representa a presença do Estado; e o formal, que são os procedimentos de direito público.

Em sentido amplo, podemos classificar serviço público como toda atividade desenvolvida pelo Estado e fiscalizada por seus governantes, bem como, as suas funções, tidas como uma cooperação de serviços públicos.

Já em sentido restrito, serviço público seria o serviço prestado pela Administração Pública, excetuando-se aí, as funções legislativas e jurisdicionais. Dessa forma, serviço público seria considerado uma atividade administrativa, perfeitamente distinta do poder de polícia do Estado.

Serviço Público desse modo, seria a atividade estatal voltada para a realização e efetivação do bem estar social, de forma una e igualitária.

Ao longo de suas origens e evolução, o serviço público foi visto na doutrina de três formas bem distintas, a saber:

O subjetivo, que considerava a pessoa jurídica prestadora da atividade: o serviço público seria aquele prestado pelo Estado; o material, que considerava a atividade exercida: o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas; o formal, que considerava o regime jurídico: o serviço público seria aquele exercido sob o regime de direito público derogatório e exorbitante de direito comum¹.

Pode-se observar que houve uma grande evolução em suas características, pois existiu a necessidade de uma ampliação em sua abrangência, incluindo-se aí as atividades de natureza comercial, industrial e social. É o Estado que, por meio de lei, define o que é, e qual será a atividade desempenhada e classificada como serviço público, pois cada país pode considerar de forma bem distinta esse serviço, bem como de que forma desempenhá-la, sendo assim, o conceito de serviço público não só pode variar de acordo com o tempo, mas também quanto ao espaço, ficando como conceito formal:

Serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público².

Concessão de Serviços Públicos

Constantemente tem-se ligado diretamente a concessão de serviço público com a idéia de privatização, pois a concessão tornou-se o primeiro contrato para a descentralização de tais serviços. Isso é posto por ser um instrumento que possui o Estado, para poder diminuir um pouco o seu tamanho e a sua atuação, atribuindo tais serviços ao setor privado.

Mesmo sendo o contrato de concessão um contrato público, portanto regido pelo direito público, o Estado conserva a disponibilidade do serviço, sua fiscalização, fixação de tarifa conforme licitação etc.; o serviço é entregue à empresa privada, portanto, livre de procedimentos administrativos obrigatórios ao Estado, como concursos públicos e fiscalização pelo Tribunal de Contas, funcionando aos moldes das empresas privadas, longe dos formalismos que emperram a Administração Pública Direta e Indireta.

A concessão de serviço público está prevista no art. 21, incisos XI e XII da CF; no art. 25, § 2º, alterados pela Emenda Constitucional n. 8/95; e ainda nos arts. 175 e 223 da mesma Carta, como uma opção do poder público para a prestação de serviços públicos.

1 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 16 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 97.

2 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 16 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 99.

Chega-se à conclusão de que a competência legislativa, nessa matéria, cabe à União, no que diz respeito às normas gerais, e aos Estados e Municípios, no que se refere às normas suplementares, com base no § 3º do art. 24 e no art. 30, inciso II, respectivamente. Por outras palavras, trata-se de matéria de competência concorrente da União, Estados e Municípios³.

A lei nº. 8.987/95, em seu art. 2º, inciso II, define a concessão de serviço público como:

A delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Esse conceito trata dos objetivos da lei, mas não compreende todos os elementos que caracterizam essa modalidade de contrato, a exemplo da política de tarifas e a fonte de receita legada à exploração do serviço.

O art. 4º estabelece que a concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

Daí definirmos a concessão de serviço público como:

O contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço⁴.

Trata-se de um contrato entre o concedente e o cessionário, contrato esse financeiro, que garante ao cessionário a exploração de serviço público por sua conta e risco, mediante remuneração que garanta a sua aplicabilidade, garantindo através de cláusulas existentes, o retorno financeiro aplicado pelo cessionário de forma que o serviço possa render-lhe um retorno suficiente para uma boa prestação do serviço, as chamadas cláusulas financeiras.

Por se tratar de serviço público, tal concessão está regulamentada pela administração pública, fixando unilateralmente as normas para a sua aplicação, podendo ser alterado também unilateralmente conforme o interesse público coletivo. O contrato de concessão está regido de forma a não admitir qualquer discussão ou alteração, ainda que haja a concordância de ambas as partes, as chamadas cláusulas regulamentares do contrato de concessão, que definem o objeto, forma de execução, fiscalização, deveres e direitos das partes, hipóteses de rescisão, penalidades, os direitos dos usuários dentre outras; contudo, tal ponto torna-se bastante controverso já que no ato da assinatura do contrato, a realidade e a necessidade do concedente, é uma, aceita pelo cessionário, porém tal realidade poderá ao longo do tempo sofrer alterações, sendo necessário em certos casos, a promoção de mudanças benéficas para ambas as partes.

Possui o cessionário, algumas prerrogativas de poder público, presentes na Lei nº. 8.987/95, como a de; promover desapropriações e construir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato art. 31, VI; a de exercer o poder de polícia em relação aos bens vinculados à prestação do serviço, art. 31, VII; a de captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço, art. 31, VIII; a de fazer a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, hipótese em que o subcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações do subconcedente, dentro dos limites da subconcessão, art. 26, § 2º; o que significa que o subconcedente assumirá todos os encargos do poder do concedente definidos no art. 29, além de outros direitos e deveres nela previstos, desde que não ressalvados expressamente pelo poder concedente, ou autorizar a subconcessão.

3 PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p.69.

4 PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p.72.

O cessionário fica sujeito a todos os princípios pertinentes à concessão de serviços públicos, em especial os da continuidade, mutabilidade do regime jurídico e igualdade dos usuários⁵.

Pelo princípio da continuidade, não pode o cessionário de forma alguma interromper os serviços por sua iniciativa, à não ser se houver previsão legal ou contratual para tal.

Pelo princípio da mutabilidade, poderá o concedente unilateralmente, promover modificações nas cláusulas regulamentares do contrato de serviço sem ter o concessionário ou o usuário direito de se opor, quando se tratar de mudanças em benefício do interesse público.

De acordo com o princípio da igualdade perante o serviço público, todos são iguais perante a lei, onde os usuários que satisfaçam às condições legais fazem jus à prestação do serviço.

No contrato de concessão, fica a Administração Pública colocada em supremacia em relação ao contratado, inerente ao regime jurídico administrativo, caracterizado pelas prerrogativas necessárias ao interesse público e as restrições, necessárias para salvaguardar os direitos individuais, que nesses contratos, trata das desigualdades entre as partes, decorrentes das prerrogativas públicas de que usufrui o poder concedente, compensada pelo direito do contratado ao equilíbrio econômico financeiro.

Diante do exposto, vale deixar bem claro que o poder cedido é apenas o poder da execução do serviço público e não a sua titularidade, dessa forma, fica a Administração, detentora do poder de direção e controle, mantida sobre a execução do serviço.

Segundo o autor Héctor Jorge Escola, os poderes de direção e controle podem abranger quatro aspectos; o material, referente à execução da atividade objeto do contrato; o técnico, referente à observância dos requisitos estabelecidos nos planos, especificações, regulamentos, cláusulas contratuais; o financeiro, indispensável para a fixação das tarifas e verificação do equilíbrio econômico-financeiro e o legal, que diz respeito à observância das normas legais e regulamentares⁶.

Tais poderes estão previstos, mesmo que de forma esparsa na Lei nº. 8.987/95 em seus artigos 3º; 29, I; 29, V e VII; 30 e 31, V.

Não haveria aplicabilidade ao poder de fiscalização, se o poder concedente não dispusesse da possibilidade de punir os infratores. A Lei 8.987 determina no seu art. 38 que:

A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

Somente ao concedente cabe o poder de decretar a caducidade da concessão sendo assim, existe a possibilidade por parte deste, de promover o poder de intervenção na empresa cessionária, não sendo prevista como forma punitiva, mas sim, como uma substituição temporária da concessionária pelo próprio poder concedente, com o objetivo de apurar irregularidades, assegurar a continuidade do serviço e propor, à final, as medidas convenientes a serem adotadas. Disciplinada pela Lei nº. 8.987/95, em seus arts 32 à 34, a intervenção deve ser declarada por decreto pelo poder concedente, e será precedida de procedimento administrativo contraditório destinado a apurar as irregularidades. Ao término da intervenção, a Administração concluirá pela extinção da concessão ou pela continuidade do serviço.

A encampação está incluída no art. 35 da Lei 8.987, entre as modalidades de extinção e definida no art. 37, que define ainda a responsabilidade por danos causados à terceiros, sendo disciplinado no seu § 6º, que determina:

5 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p.75.

6 Apud PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p.79.

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Autorização de Serviços Públicos

A legislação ordinária e a doutrina mencionam a autorização como forma de delegação de serviços públicos juntamente com a concessão e a permissão, no art. 21, inciso XII, da Constituição Federal.

Num primeiro sentido, designa o ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos. Trata-se da autorização como ato praticado no exercício do poder de polícia⁷.

Podemos citar como exemplos regidos pela Constituição Federal, a produção e o comércio de material bélico, mediante a fiscalização da União, art. 21, VI; a pesquisa e lavra de recursos naturais, art. 176; como também a autorização para o porte de arma, regida pela nova lei do Desarmamento. Sendo assim, todas as hipóteses em que a atividade seja vedada por lei a particulares por razões de interesse público, como em casos referentes à segurança, saúde, economia, só podem ser autorizados mediante expresse termo reservado à Administração, com base no poder de polícia do Estado.

Tal autorização poderá ser revogada a qualquer momento, desde que apresente caráter nocivo ao interesse coletivo. Pode-se ainda descrever a autorização como um ato unilateral no qual o Poder Público autoriza o particular a usar o bem público, porém a título provisório, sendo uma autorização de uso; podendo ainda ser vista, como meio pelo qual o particular explora um serviço público também de forma temporária.

Desse modo, fica a autorização, ao lado da concessão e da permissão, como meio ou forma de se executar um serviço público, ou uso do bem público, de forma particular, podendo assim, existir uma separação entre a concessão, permissão e autorização de serviço público e a concessão, permissão e autorização de uso de bem público.

A Lei 8.987 estabelece regras apenas sobre concessão e permissão; já a Lei 9.074 estabelece hipóteses de autorização, dessa forma, confundem-se muito, os institutos da permissão com a autorização, pois muitos legisladores descrevem uma como sendo a outra, sendo assim, como cita Miguel Reale, a permissão se constitui como se fosse autorização e é exercida como se fosse concessão; deixando demonstrado assim, a mistura de conceitos que os nossos legisladores fazem em suas decisões.

Com efeito, ao afirmar que a permissão se constitui como se fora autorização, o jurista está apontando uma característica comum aos dois institutos: ambos são outorgados por ato administrativo unilateral, discricionário e precário. E, ao afirmar que a permissão é exercida como se fora concessão, está apontando também uma característica comum a ambas que não existe na autorização: a outorga de prerrogativas públicas ao concessionário e ao permissionário⁸.

Essa falta de consenso se dá pelo fato de que, na autorização de serviços públicos, o interesse do particular é exclusivamente o seu, ele não irá exercer uma atividade onde terceiros usufruirão, diferentemente dos institutos da permissão e da concessão, onde a atividade é exercida em interesse coletivo, buscando o atendimento das necessidades de todos. Um exemplo disso pode ser retirado da Lei n. 9.074, em seu art. 7º, I, autoriza a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a uso exclusivo do auto-produtor e demais incisos.

7 PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p.122.

8 PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p.124.

Por ser a autorização de serviço público uma atividade que visa um interesse exclusivo do particular, não existe a necessidade da delegação de prerrogativas públicas, como acontece com a concessão, pois o poder público, no uso do seu poder de polícia, dá a autorização estabelecendo condições para o exercício da atividade bem como os moldes da sua fiscalização.

Por ser um ato precário, a autorização deve ser a rigor outorgada sem prazo, de forma que o Poder Público possa revogá-la a qualquer tempo sem nenhum direito a indenização; em caso de fixação de prazo, ficará o beneficiário, com a possibilidade de cobrança de perdas e danos caso a revogação se concretize antes do término do referido prazo.

Conclusão

Podemos finalizar esse assunto como algo ainda sem uma precisão legal, pois muitos continuam se utilizando de forma equivocada, dos institutos referentes aos serviços públicos, pois autorizam o que deve ser permitido ou até concedem o que deve ser autorizado.

A polêmica continuará existindo até o momento em que os nossos legisladores se encontrarem na posição de real escolha quanto ao fato de se manter a posse dos serviços públicos ainda de inteira e irrestrita propriedade do Estado, pois tal fato entra em contradição com a necessidade de avanço e prosperidade que a coletividade precisa, visto que manter esse excesso de responsabilidade nas mãos da Administração Pública só vem causando atrasos, pois se possuímos normas tão completas mas ao mesmo tempo tão complexas, por que mantermos o caminhar à um passo à frente e dois para trás.

As concessões como forma de se garantir o exercício de um direito coletivo deve sempre ser incentivada, pois juntos e unidos, poderemos desenvolver atividades antes só desempenhadas pelo Estado, e que a concessão do serviço público possibilita a real efetivação desse direito; contudo, mesmo sendo a autorização de serviço público, algo que garantirá o interesse unicamente particular, tal procedimento deverá existir e permanecer sempre, pois, mesmo o direito coletivo sendo sempre visto como a peça principal de uma sociedade, ela não existiria sem a salva guarda do conjunto de direitos individuais, que são os reais formadores do coletivo.

Referências

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- ROSA, Márcio Fernando Elias. **Sinopses Jurídicas**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

O NOVO PARADIGMA PROCESSUAL PENAL: A NECESSIDADE DA IMPOSIÇÃO DOS PRINCÍPIOS PELO ATIVISMO JUDICIAL

Érico Bruno Galvão de Freitas

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Olinda (AESO). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB/CPC Marcato. Mestrando em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco. Assessor Técnico-Judiciário, lotado na 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Docente das disciplinas de Direito Penal e Direito Processo Penal do Centro Universitário Maurício de Nassau – UNINASSAU/Recife. Professor e Coordenador da Pós Graduação da Escola Superior da Advocacia – ESA.

RESUMO

Em abordagem fundamentada dos aspectos científicos que norteiam o paradigma racionalista que rege o Direito Processual, dentre os quais tentam afastar do magistrado sua função interpretativa, dando-lhe apenas a tarefa de servir como a “boca da lei”, através da procura incessante da vontade do legislador, este trabalho tem por objetivo apresentar as particularidades do fenômeno denominado ativismo judicial e a sua necessária aplicação através da imposição dos princípios, em especial aqueles de cunho constitucional, os quais possuem a árdua tarefa de legitimar dentro do ordenamento normas processuais penais defasadas pelo tempo, mas que insistem em ser aplicáveis no mundo dos homens. As fontes de pesquisa são as obras listadas nas referências que proporcionaram, em parte, respostas precisas à indagação do presente trabalho, contribuindo para a construção de um raciocínio baseado em premissas e conclusões acerca do referencial das atuais concepções do tema.

PALAVRAS CHAVES: 1.Paradigma. 2. Ativismo Judicial. 3. Imposição Principiológica. 4. Justiça Constitucional.

INTRODUÇÃO

Diante da demora pela aprovação do Projeto de Lei 156/09, que apresentará ao mundo jurídico um novo Código de Processo Penal para suprir as falhas existentes no atual *codex*, a imposição das garantias constitucionais no processo, mais especificamente, no processo penal, é uma necessidade para adequar as diretrizes processuais em vigência com as premissas asseguradas após a constituinte de 1988, a fim de salvaguardar uma persecução mais justa e democrática, permitindo que a resolução da lide seja perpetrada de forma legítima.

Com a quebra do paradigma imposto pelo Racionalismo, o Direito Processual, enquanto ciência encontra-se em franca evolução, especialmente o Processo Penal, que durante muito tempo era considerado o primo pobre do Processo Civil, em razão da evidente discrepância existente na pesquisa entre esses ramos do Direito.

A participação do magistrado no processo mediante a interpretação do caso concreto, traz consigo uma nova ordem processual onde os limites impostos pelo Iluminismo, pela Revolução Francesa e pela influência do Direito Romano, que deram origem ao famigerado *Civil Law*, não são mais tão rígidos, permitindo que a interpretação do caso concreto pelo magistrado possibilite, através dos princípios, nortear, limitar e estruturar o ordenamento.

Nesse quadro surge o fenômeno denominado ativismo judicial, onde, em meio a diversas críticas, assegura a constitucionalidade dos atos processuais, agindo como um garantidor em busca da tão alme-

jada Justiça Constitucional de Cappelletti.

Questões próprias da processualística penal como a inquisitorialidade do inquérito policial, o poder investigativo do Ministério Público e a atuação probatória do magistrado, ainda levantam discussões acerca da sua adequação constitucional, fazendo com que a análise da matéria seja confrontada com os preceitos inseridos no ordenamento brasileiro pela atual constituição federal, aventando-se a possibilidade de ofensas insanáveis a direitos e garantias individuais.

A quebra do paradigma criado em torno da geometria do Direito enquanto ciência é evidente, a comunidade científica não tem se convencido que a solução jurídica seja uma resposta exata, tal qual um problema algébrico, sendo imprescindível a análise do caso concreto por aqueles que exercem o mister processual, e assim, através da hermenêutica é que será possível alcançar a real amplitude da norma.

1. PARADIGMA E IDEOLOGIA NO PROCESSO PENAL

Assim como a humanidade a sociedade também evoluiu, afinal toda unidade social é um reflexo das características do seu povo que a transforma e a adéqua aos seus anseios e conquistas. Diante disto, e baseado na premissa de que o Direito nasceu com a própria sociedade (*ubi societas ibi jus*), podemos afirmar que a evolução jurídica também é constante e deve se adaptar as às novas formas de interação humana.

O Direito Processual, por estar mais próximo do mundo da vida e da prática social, é o ramo do Direito que mais sofreu com o intitulado pensamento moderno que reconheceu o Direito como ciência.

A elevação do Direito à categoria de ciência além de romper com o autoritarismo medieval trouxe consigo um novo paradigma substrato, segundo Habermas¹, das revoluções burguesas dos séculos XVII, XVIII e XIX, denominado de Direito Racional ou Racionalismo, em que o homem, influenciado pelos ideais da Ilustração, passaria a valer-se da Razão na construção de um novo sistema jurídico, afastando-se das ideologias.

O chamado pensamento ideológico ao qual o Racionalismo repudia, repousa na ideia de Ídolos de Francis Bacon², que se dividiria em quatro gêneros que assediavam o espírito humano: os Ídolos da Tribo, que se fundamentava na própria natureza humana; os Ídolos da Caverna, oriundo do próprio homem individualmente, com suas imperfeições; os Ídolos do Foro, que nasce da associação dos homens ter si e os Ídolos do Teatro, que surgiriam do pensamento filosófico tradicional.

Estas Idolas eram consideradas uma falsa ou distorcida representação da realidade e, para Descartes, um pensamento livre de ideologias seria aquele que não sofresse influencias por tais distorções, contudo, Silva³ alerta que não há como nos livrarmos das Ídolas, já que o próprio Bacon reconhece que um dos Ídolos reside na própria natureza humana (Ídolos da Tribo). Desse modo, as ideologias são identificadas como um conjunto de preposições que determinada comunidade acredita ser uma verdade naquela conjuntura de tempo e lugar.

Uma marca do Iluminismo e, conseqüentemente, do Racionalismo é a busca pela verdade absoluta, sendo evidente que tais ideais foram refletidos na Política e no Direito, já que com o surgimento das democracias liberais e política representativa, alguns autores como Daniel Bell e Francis Fukuyama⁴ afirmaram que havia se alcançado o olimpo da sabedoria política, sendo esta a “última conquista”, e, por isso, declararam o fim da ideologia e da história.

O Direito Processual também não ficou alheio aos ideais iluministas e construiu a sua metodologia científica, que perdura até hoje, dentro do Racionalismo, sob o argumento de que o Direito é uma ciência exata tal qual a matemática, sendo viável se afirmar que a Lei é capaz de se antecipar aos conflitos e oferecer uma solução jurídica. A incumbência da criação das normas é tarefa exclusiva do Soberano, não devendo o magistrado interpretar as normas, mas simplesmente buscar a vontade do Soberano.

O próprio Napoleão Bonaparte, ao criar os seus Códigos, temia que a interpretação das suas leis

1 HABERMAS *apud* SILVA, Olívio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58.

2 BACON *apud* SILVA, Olívio A. Baptista da. *Obra citada*, p. 5..

3 SILVA, Olívio A. Baptista da. *Obra citada*, p.15.

4 SILVA, Olívio A. Baptista da. *Obra citada*, p.7.

pelos juízes caracterizasse uma diminuição significativa do seu poder. Entretanto, estudos apontam que esse afastamento da interpretação já era presente no período Justiniano do Direito Romano, conforme se vê nas lições de um dos mais eminentes historiadores deste período, Pietro de Francisci:

“Deste modo, através da contração de poderes no imperador se vai, gradualmente, também em Roma a fixar princípios de que o direito é uma criação do Estado, simbolizado pelo Soberano. Uma vez fixado o princípio, os juristas são compelidos a renunciar a toda atividade criadora e devem limitar-se à condição de interprete cuja função principal é a de descobrir a vontade do legislador... esse princípio teve, como veremos, a sua formulação mais clara no sistema político de Justiniano. Sua constituição de Soberano por direito divino, único criador e interprete do direito, estabelece, pela primeira vez, com nitidez, o princípio de que o direito constitui uma unidade completa em todas as suas partes, que podem e devem ser consolidadas nos Códigos, nos quais todos os que procurem poderão encontrar a solução de qualquer hipótese concreta” um dos mais eminentes”⁵

Mesmo com a aderência às idéias de Hobbes e sua concepção de Estado ainda permaneciam a proibição da interpretação e a exclusividade do Soberano, demonstrando sua fidelidade ao Racionalismo, conforme se vê nas palavras do filósofo:

“A lei nunca pode ser contrária a razão é coisa com que nossos juristas concordam, assim como que não é a letra (isto é, cada uma de suas frases) que é a lei, e sim aquilo que é conforme à intenção do legislador. (...) Portanto o que faz a lei não é aquela *jurisprudencia*, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, o Estado, e suas ordens. E sendo o Estado, em seu representante, uma só pessoa, não é fácil surgir qualquer contradição nas leis, e quando tal acontece a mesma razão é capaz, por interpretação ou alteração, eliminar a contradição. Em todos os tribunais quem julga é o Soberano (que é a pessoa do Estado). O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada Lei, para que sua sentença seja conforme a esta, e nesse caso, a sentença é uma sentença do soberano”⁶

Notadamente, com a adoção ao sistema montesquiano da separação dos poderes, a criação da lei foi atribuída ao Poder Legislativo, o qual se viu incumbido de atrelar a norma os anseios de seus representantes, buscando a chamada “vontade geral” de Rousseau. Em sua obra *Processo e Ideologia*, Olvídio Silva faz uma crítica a essa relação entre a democracia representativa e a “vontade geral”, ao afirmar que para Rousseau a função de legislar era uma prerrogativa do cidadão, absolutamente indelegável⁷.

Através da metodologia do Racionalismo, a comunidade científica defendeu que o Direito era uma ciência tão exata de demonstrável quanto à álgebra, Leibniz chegará a dizer que a moral era uma ciência capaz de demonstração como qualquer teorema matemático e Savigny afirmou que o Código era a única fonte do direito⁸.

Com efeito, o pensamento de Leibniz tem herança nos ensinamentos de Platão, vejamos:

“Não é surpreendente, portanto, que o princípio destas ciências sejam verdades eternas, já que todos são condicionais e nem mesmo necessita que algo exista, mas apenas aceite sua suposta existência: não se derivam dos sentidos, mas de uma imagem clara e distinta que Platão denominava Idéia e que, quando se expressa por palavras, corresponde à definição... portanto, como a teoria do direito é uma ciência e a ciência pressupõe demonstração e como o princípio da demonstração é a definição, antes de prosseguir devemos investigar qual à definição das palavras Direito, Justo e Justiça”⁹

5 FRANCISCI *apud* SILVA, Olvídio A. Baptista da. *Obra citada*, p. 54/55.

6 HOBBS *apud* SILVA, Olvídio A. Baptista da. *Obra citada*, p. 76.

7 SILVA, Olvídio A. Baptista da. *Obra citada*, p. 26.

8 SILVA, Olvídio A. Baptista da. *Obra citada*, p. 24.

9 LEIBNIZ *apud* SILVA, Olvídio A. Baptista da. *Obra citada*, p. 78.

O Direito Processual Moderno, como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao Racionalismo, porém esta ideologia vem ao longo dos anos sendo derrubada, pois Kelsen já afirmava que ninguém duvidava de que o processo produz verdades e que a lei admite duas ou mais soluções legítimas para o problema. Francois Géný também asseverou que: “É ilusão acreditar que a lei é um sistema dotado de exatidão matemática”¹⁰ e James Goldschmidt argumentou que: “A futura sentença nada mais é do que um ‘prognóstico’ que perdurará como simples prognóstico até que se reconheça seu conteúdo”¹¹.

Percebe-se, assim, que a comunidade científica já não mais admitia o Direito como uma ciência geométrica, reconhecendo que os paradigmas do iluminismo não mais respondiam as divagações dos problemas sociais e, com isso, surgiu o que Thomas Kuhn denomina de “revolução científica”, desvinculando-se da ideologia proposta pelo Racionalismo de que as definições poderiam suprir a experiência na construção da ciência do Direito Processual.

Segundo Kuhn, só os que viveram com um grau significativo de experiência no seio de um determinado paradigma, estarão em condições de descobrir suas naturais insuficiências e inadequações práticas¹². Com a quebra desse paradigma surge o que iríamos chamar de positivismo jurídico moderno e a atividade judicial passa a integrar o método científico como necessário para se descobrir o alcance das normas considerando a vasta diversidade existente na problemática do direito prático.

Essa mudança de paradigma se fez ecoar e a comunidade científica passou a exigir que o estudo prático fizesse parte das universidades, para preparar os novos profissionais dentro dessa nova perspectiva. Nesse sentido, posicionou-se Boaventura recomendando que a universidade deve preparar uma “grande variedade de condições subsequentes imprevisíveis” – dadas as transformações sociais que o mundo experimenta – em detrimento de um treinamento específico para uma tarefa que daqui a cinco, dez ou vinte anos pode já não existir¹³. Da mesma forma, já havia lecionado Enrico Allorio, em 1958:

“No campo particular do estudo do direito, já somos muitos os que pensam atualmente no futuro ensino do direito, a indagar-nos de que modo os princípios jurídicos, expostos em sua abstração, sem vivência em sua praticidade e na inevitável e, inclusive, fisiológica incerteza de suas aplicações, podem despertar a atenção dos alunos, imprimindo-se em memória. Consequentemente, cada vez ganha mais terreno o convencimento de que o estudo do direito na universidade não pode realizar-se proficuamente senão como estudo da jurisprudência prática, estudo de casos controvertidos, de maneira que o ensino do direito deve orientar-se no sentido do exame dialogado dos materiais jurisprudenciais”¹⁴

É diante desse contexto que Silva propõe que para se construir um Direito como instrumento democrático é indispensável discutir com os alunos os casos práticos colhidos na jurisprudência para mostrar a problematicidade essencial do fenômeno jurídico, abandonando o dogmatismo.

Superada a ideologia de que o magistrado é uma mera “boca da lei”, e com as novas premissas inseridas no ordenamento brasileiro pela Constituição Federal de 1988, a atividade interpretativa do Poder Judiciário passou a chamar a atenção, pois, para alguns, o juiz estava utilizando-se da hermenêutica para legislar, dando origem ao fenômeno “ativismo judicial”.

2. O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL E A NECESSÁRIA IMPOSIÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Definir o ativismo judicial não é tarefa simples, principalmente se for observado pela ótica pejorativa que vem sendo aplicado, entretanto, em um sentido amplo, o ativismo judicial pode se manifestar quer através do controle abstrato de constitucionalidade ou mesmo abranger qualquer forma de criatividade judicial, seja no âmbito processual, com uma postura mais participativa do juiz, seja no âmbito material.

10 GÉNY *apud* SILVA, Olívio A. Baptista da. *Obra citada*, p. 26.

11 GOLDSCHMIDT *apud* SILVA, Olívio A. Baptista da. *Obra citada*, p. 27.

12 SILVA, Olívio A. Baptista da. *Obra citada*, p. 74.

13 SILVA, Olívio A. Baptista da. *Obra citada*, p. 49.

14 ALLORIO *apud* SILVA, Olívio A. Baptista da. *Obra citada*, p. 50.

Sua origem repousa na doutrina de William P. Marshall que foi capaz de identificá-lo em sete dimensões¹⁵. Em geral, visa à promoção de justiça social e, para que venha a trazer benefícios, necessita ser bem ponderado.

Suas causas se reportam a motivos vários desde a crise de confiança no Legislativo ao aumento da complexidade social, do compromisso estatal na efetivação dos direitos sociais à necessidade de maior racionalização de decisões políticas relevantes. Em contrapartida, no entanto, apresenta graves riscos como a politização dos tribunais e a desvirtuação do Estado Democrático de Direito.

A concepção do ativismo como uma faceta do construtivismo jurídico, em que os magistrados fazem uso de sentenças para suprir omissões do ordenamento, tem-se como lastro teórico e legal imediatos o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV CF), bem como a regra segundo a qual “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei” (art. 126 CPC), que embora seja um dispositivo do Direito Processual Civil tem aplicabilidade no Processo Penal.

Ademais, o ativismo encontra respaldo no próprio âmbito normativo, quando o legislador inscreve nos textos legais os chamados conceitos indeterminados, as cláusulas gerais ou abertas, e mesmo nos princípios constitucionais programáticos, que conforme doutrina hoje já majoritária, dimanam força normativa (mínima) por si próprios.

A existência de criatividade na interpretação e aplicação do direito é já dado irrefutável na conjuntura jurídica moderna. Ela pode ser extraída, por exemplo, da dissociação entre texto e norma – posto que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos”¹⁶.

Essa característica marcante da atividade judicial é o novo paradigma assumido pela insatisfação da comunidade científica com os limites impostos pelo Racionalismo e o engessamento por parte da separação dos poderes e a imposição codificada da Revolução Francesa, de fato, prevalece hoje a concepção norte-americana de “*checks and balances*”, onde cada poder possui funções típicas e atípicas, exercendo controle uns sobre os outros, em íntima harmonia e conexão.

Crítica contundente, entretanto, diz respeito à falta de legitimidade democrática dos tribunais, não eleitos diretamente pelo povo, para a realização de tal mister. Quanto ao ponto, argumenta-se que o STF faz a “representação argumentativa” da sociedade, tese do filósofo alemão Robert Alexy, segundo a qual cumpre aos tribunais corrigirem distorções do Legislativo. Para os defensores da tese, enquanto o Parlamento representa o cidadão politicamente, as Supremas Cortes o fazem argumentativamente, discutindo matérias políticas de maneira racional, motivada, dando voz às minorias e ensejando participação ativa da sociedade no processo. Para Mauro Cappelletti, que também enfatiza o caráter mais participativo do processo jurisdicional, em relação aos demais processos da atividade pública:

“Induvidosamente, o direito jurisprudencial não é democrático no sentido (formal) que seja posto por meio de solene manifestação de vontade do povo ou de seus representantes livremente eleitos. Ele, contudo, (...) é normalmente dialógico, consentido; e enquanto tal satisfaz a um requisito não desprezível da democraticidade substancial”¹⁷.

Já quanto à crítica da insegurança, e o risco de que a criatividade judicial venha a recair em arbítrio, tem-se que o próprio ordenamento e a jurisprudência já fixaram limites a que se encontra circunscrito o ativismo. Dentre os limites impostos pelo ordenamento, têm-se os materiais, já que o magistrado deverá guardar bom-senso na interpretação do texto legal, não podendo ir além do que o ordenamento autoriza, e processuais, consubstanciados num conjunto de regras que prescreve a inércia da jurisdição e o devido processo legal.

15 MARSHALL, William. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acessado em: 10 jan. 2013.

16 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 98.

17 LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

Observa-se que no campo processual, em especial, o Processo Penal a limitação do ativismo se dá através dos princípios que emergem como uma garantia processual de cunho constitucional. Alberto Lima, em sua obra intitulada *Direito Penal Constitucional*, descreve a importância da imposição dos princípios penais e processuais penais como forma de coibir os excessos existentes na prática processual, vejamos:

“Independente das divergências das posições ditas substancialistas ou procedimentalistas – cujos modelos, no entanto, convergem no tocante à relevância da justiça constitucional e a função que lhe incumbe na asseguaração dos direitos individuais –, e mesmo sem ter em conta a questão da legitimidade dos governantes e do parlamento nas democracias representativas, de natureza presidencialista, que pode ser levantada, mormente nos países da América Latina, o ativismo judicial, no marco do Direito Penal, máxime de um Direito Penal em real expansão, parece-nos inquestionável e imprescindível”¹⁸

Com efeito, com o surgimento da sociedade de risco, nas sociedades modernas contemporâneas, há uma crescente necessidade de multiplicação dos instrumentos de controle para submissão dos indivíduos aos postulados ideológicos e aos valores em voga, assegurando, assim, que o modo de agir destes estará conforme as normas editadas pelo Estado.

Diante desse quadro social alarmante e da resposta imediatista do legislativo, o ativismo judicial, como protetor das garantias constitucionais, funciona como um garantidor do Estado Democrático de Direito, alcançando a denominada Justiça Constitucional de Cappelletti, pois o magistrado não pode mais, no novo paradigma processual, permanecer inerte. A propósito, manifestou-se Alberto Lima:

“O juiz não pode aparecer como figura restritamente asséptica acreditando na aplicação pura da lei ao caso concreto, no mero silogismo, embasado em um legalismo iluminista, cujo legado é responsável pela larga utilização do método lógico-dedutivo. Na atualidade, são essenciais o estudo e a utilização dos princípios fundamentais do Direito Penal, notadamente aqueles cristalizados na Constituição Federal”¹⁹

Constata-se, assim, que a generalidade e a abstração dos princípios proporciona ao magistrado uma liberdade dentro do processo para que possa exercer a sua atividade através da interpretação, e, quando este ativismo é baseado nas premissas constitucionais, com o intuito de tornar o processo mais democrático, alcança-se, assim, uma justiça digna.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Penal Brasileiro é regido pelo Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1946, em vigor até o presente momento, porém diversas alterações legislativas foram realizadas no decorrer dos anos, sendo a reforma mais expressiva aquela realizada no ano de 2008 pelas Leis 11.689 e 11.719, as quais alteraram consideravelmente os Títulos relativos à Prova e aos Procedimentos, contudo, muitos aspectos do processo penal encontram-se defasados quando observados sobre o prisma da Constituição de 1988.

Do corpo da Carta Magna não apenas se extrai a lei e seus comandos, pois, há muito já se reconheceu que a norma penal não apenas é composta pelo texto legal, mas também pelos princípios, que, em face do seu alto grau de generalidade, orientam o alcance das leis e cada vez mais norteiam a aplicação da norma.

Devido a sua abstração natural, os princípios são reconhecidos e identificados através da interpretação da norma, tal tarefa é diariamente exercida pelos estudiosos através dos seus manuais, mas é com o estudo do caso concreto que os princípios ganham a sua evidência prática. Ao serem reconhecidos pelos magistrados e tribunais, busca-se a efetivação de uma justiça constitucional, em que o julgador não é mais a mera “boca da lei”, sendo este ativismo judicial que faz com o princípio sedimente-se no chamado

18 LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Obra citada*, p. 23.

19 LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

“Direito dos Práticos”.

O ativismo judicial ainda é bastante questionado, sob o argumento de que rompe com a idéia montesquiana da separação dos poderes, permitindo ao magistrado exercer uma função legislativa atípica, entretanto, tal posição não condiz com a realidade, pois a antiga bipolaridade existente no discurso dos sistemas jurídicos entre o *civil law* e o *common law* não mais subsistem, cada vez mais se percebe que as bases do racionalismo iluminista não respondem aos questionamentos decorrentes da relação humana, principalmente no que tange a relação processual.

Com efeito, considerando que se encontram superados os paradigmas justiniano e montesquiano do juiz como um simples operador em busca da “vontade da lei”, sendo a interpretação judiciária uma atividade meramente declarativa, fruto de pura lógica dedutiva, a análise hermenêutica do direito na prestação jurisdicional é essencial, e, por isso, dá-se ao princípio, por sua generalidade, a evidência processual que justifica a sua imposição no caso concreto, a fim de moldar a aplicação da norma penal.

Não é possível mais acreditar no utópico ideal imposto pela Revolução Francesa, o qual afirmava que a interpretação da lei era reservada ao legislador, certamente pelo temor de Napoleão de que os juízes ao interpretar a norma usurpassem uma parcela significativa do seu poder, contudo, atualmente, pela necessidade de um novo paradigma, a criatividade na atividade jurisdicional é uma resposta digna a essa ideologia por uma sociedade juridicamente esclarecida.

De todo modo, não há instrumento legitimador mais eficaz do que os princípios, em especial aqueles de cunho constitucional, os quais permitem, enquanto a devida reforma processual não nos alcança, viabilizar a aplicação de um conjunto de normas processuais que insistem em perdurar no tempo e que influenciam diretamente no modo como o Brasil evolui como Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- BEZERRA, Paulo César Santos. **A nova hermenêutica constitucional e sua repercussão nas situações constitucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**, São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARSHALL, William. **Conservatives and the seven sins of judicial activism**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acessado em: 03 out. 2009.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, Olívio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. As súmulas vinculantes, o positivismo jurídico e a jurisdição constitucional. In: SCHÄFER, Jairo (Org.). **Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo**. Florianópolis: Conceito, 2007.

NOTAS SOBRE O CONTRATO DE FRANQUIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Bruno Caraciolo Ferreira Albuquerque

Advogado em São Paulo e Recife, Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e Mestrando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO

O presente artigo é realizado mediante estudo da legislação, doutrina e jurisprudência atinente ao contrato de franquia, buscando uma revisão geral do instituto sob a perspectiva do moderno Direito Comercial brasileiro. Após a introdução, com dados econômicos que justificam a empreitada, o desenvolvimento do artigo inicia-se com a apresentação da natureza jurídica e da classificação do contrato de franquia. Prosseguindo são estudadas a circular de oferta de franquia e a função do registro do contrato. Por fim são apresentadas considerações sobre a extinção do contrato e conclusões.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos mercantis – Franchising.

ABSTRACT

This article is made by the study of statutes, doctrine and case law regarding the franchising agreement, seeking an overhaul of the institute from the perspective of the Brazilian modern Commercial law. After the introduction, with economic data that justifies the study, the development presents the nature and the classification of the franchising agreement. Continuing the franchise offering circular and the function of the contract registration are studied. Finally, the article presents considerations about the termination of the agreement and conclusions.

KEYWORDS: Commercial agreements - Franchising.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Conceito. 2.2. Natureza Colaborativa. 2.3. Classificação. 2.4. Circular de Oferta de Franquia. 2.5. Registro. 2.6. Extinção do Contrato. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Segundo dados da Associação Brasileira de Franchising relativos ao ano de 2010, a atividade de franquias no Brasil gera faturamento anual de R\$ 75.987.000.000,00 (setenta e cinco bilhões, novecentos e oitenta e sete milhões de reais) e 777.285 (setecentos e setenta e sete mil duzentos e oitenta e cinco) empregos diretos, contando com 86.365 (oitenta e seis mil trezentos e sessenta e cinco) unidades franquizadas e 1.855 (mil oitocentos e cinquenta e cinco) redes franqueadoras. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING, 2011). De acordo com os mesmos dados, entre os anos de 2001 e 2010 o setor cresceu mais de 200% (duzentos por cento) em faturamento e em número de redes franqueadoras no Brasil.

Os contratos de franquia na atualidade compreendem diversos setores da economia, como o varejo de produtos estéticos, os *fast foods*, a indústria farmacêutica, os cursos preparatórios para concursos, os cursos de línguas, entre muitos outros.

A imponência econômica da atividade dispensa maiores fundamentações quanto às razões que im-

põem aos pesquisadores o estudo detalhado das questões atinentes ao contrato de franquia, cabendo ao Direito Comercial o papel de desmistificar o instituto, minimizando os pontos de insegurança para que o empresário possa utilizar-se desse importante instrumento capitalista da forma adequada.

Neste sentido é que se lança o presente trabalho, que busca realizar uma revisão geral do instituto sob a perspectiva do moderno Direito Comercial brasileiro, o que empreende mediante a análise dos diplomas legais, doutrinas e jurisprudências nacionais relativas ao contrato de franquia.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. CONCEITO

O contrato de franquia é conceituado pelo legislador através do artigo 2º da Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994, sendo, nos dizeres legais “[...] o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.”

Deixando de lado o preconceito doutrinário quanto à conceituação legal de institutos jurídicos, entende-se que o legislador conseguiu sintetizar adequadamente a definição, não diferindo muito este dos conceitos dados pelos mais conceituados juristas ao instituto.

Sendo assim, o contrato de franquia tem como partes o franqueado e o franqueador, ambos sempre empresários, o franqueador sendo o responsável pelo fornecimento de bens, serviços e direitos ao franqueado e ao franqueado cabendo a observância das normas de conduta estabelecidas pelo franqueador e o pagamento dos preços acordados.

O objeto do contrato de franquia nada mais é do que um complexo de outros contratos, típicos e atípicos, como a compra e venda, a locação, a transferência de tecnologia, a licença de uso de marcas e patentes, a prestação de serviços, a assistência técnica, o treinamento de mão de obra, o seguro, distribuição, a assessoria financeira, administrativa e de marketing, entre outros, podendo em cada caso haver mais ou menos desses contratos inclusos no contrato de franquia conforme a formatação previamente estabelecida pelo franqueador.

Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 126) leciona que o contrato de franquia resulta da conjugação de dois contratos empresariais, a licença de uso de marca e a prestação de serviços de organização da empresa, este último normalmente desdobrando-se nos contratos de *management*, *engineering* e *marketing*, advertindo o docente que a venda de produtos não é obrigatória para a configuração do *franchising*.

Essa característica complexa leva alguns juristas a acompanhar totalmente o conceito legal, conceituando o instituto não como um contrato, mas como um sistema através do qual diversos contratos são estabelecidos entre as partes.

Todavia, deve ser salientado que a maior parte dos juristas nacionais conceitua o contrato de franquia como contrato autônomo, negando, portanto, o caráter de um conjunto de relações jurídicas, como fazem Orlando Gomes (1977, p. 571) e Fran Martins (1988, p. 567).

Também assim é a interessante opinião de Newton Silveira (1990, p. 158) afirmando que “o objeto da franquia é o próprio aviamento”, com o que se conclui sua posição pela autonomia do contrato de franquia, sendo este, em sua opinião, algo como o arrendamento do aviamento.

Ainda sobre esta opinião chega o seu autor, apesar de timidamente, a criticar o legislador por não dar aos franqueados o direito à renovação compulsória dos contratos que é garantido aos inquilinos nas relações locatícias não residenciais, posto que a franquia seria também uma forma de inquilinato, mas relacionada aos bens imateriais do empresário (1990, p. 165).

Com a atual iniciativa de debates para a aprovação de um novo Código Comercial, que busca modernizar o direito positivo para alinhamento aos modernos negócios empresariais, a visão do Professor Newton Silveira merece novo destaque, devendo ser observada e discutida para, quem sabe, inserir-se no direito brasileiro disposição que garanta aos franqueados o direito de manterem-se como arrendatários do fundo

de comércio do franqueador.

Observa-se, neste diapasão, alguma semelhança entre a franquia e o *Shopping Center*, sendo ambos relacionados ao arrendamento do fundo de comércio, o primeiro pertencente a um franqueador e o segundo pertencente ao empreendedor do *Shopping Center*.

Até mesmo em termos de remuneração os contratos apresentam semelhança, sendo o locatário de um espaço em *Shooping Center* normalmente chamado ao pagamento inicial da *res sperata* e ao pagamento contínuo do aluguel, enquanto o franqueado normalmente responsabiliza-se pelo pagamento de um valor inicial para aquisição da franquia e outro contínuo, referente aos honorários de prestação de serviços e *royalties*.

Em ambos os casos o pagamento inicial correspondente ao ingresso do interessado no fundo de comércio desenvolvido por outrem, e o pagamento contínuo refere-se à remuneração do arrendamento do aviamento aproveitado, que no caso dos *Shoopings* inclui um espaço físico e no caso das franquias inclui uma propriedade imaterial.

A Lei brasileira já garante ao locatário de espaços comerciais em *Shooping Centers* o direito de manter-se no ponto, participando do fundo de comércio de outrem, mas não concede o mesmo direito aos franqueados, aos quais poderia garantir a manutenção do contrato mediante a observância de iguais requisitos, valendo levantar a questão para debate neste momento, apesar de não haver qualquer proposição neste sentido no Projeto de Lei 1.572/2011, que pretende instituir um novo Código Comercial, tratando inclusive do contrato de franquia.

De toda forma, o contrato de franquia deve ter por objeto mínimo a licença de uso de marca e a garantia de poder o franqueado fonecer os bens ou serviços do franqueador aos potenciais clientes existentes dentro do seu território de exclusividade ou semi-exclusividade, podendo ser conceituado como um sistema formado por diversos tipos de contratos empresariais em que o franqueador torna-se responsável pelo fornecimento de bens, serviços e direitos ao franqueado, cabendo a este a observância das normas de conduta estabelecidas pelo franqueador e o pagamento dos preços acordados.

2.2. NATUREZA COLABORATIVA

Em geral, os empresários envolvidos procuram com o contrato de franquia minimizar e distribuir riscos, o franqueador deixando de investir recursos próprios ou de ter que tomar recursos no sistema financeiro para poder propagar seu negócio e o franqueado investindo seus recursos disponíveis em um negócio já minimamente consolidado, contando com um fundo de comércio desenvolvido, gozando de probabilidade de sucesso muito maior do que em uma atividade completamente nova.

Essa menor chance de insucesso do franqueado é objeto da narrativa do então Ministro de Estado do Comércio da Indústria e do Turismo Francisco Dornelles em prefácio ao livro do Professor Luiz Felizardo Barroso (2002, p. xix), aduzindo que “65% dos negócios independentes fecham ou se encerram antes de completar cinco anos de atividade, ao passo que em negócios sob franquia o índice de encerramento no mesmo período é de apenas 5%”.

Quanto mais contratos estiverem inclusos na franquia ao franqueado será atribuído um menor risco de insucesso e ao franqueador uma maior remuneração, possibilitando ao último expandir sua marca e seus resultados sem o dispêndio que seria necessário caso tivesse de por si próprio empreender a atividade.

Neste aspecto é que diferenciam os doutrinadores os contratos de franquia simples, que se referem às marcas, patentes e produtos do franqueador, dos contratos denominados *bussines format franchising*, que englobam também a transferência do modelo de negócio, com consultoria financeira, administrativa, de marketing e muitas outras, restringindo bastante a autonomia do franqueado, que em contraposição recebe a segurança do modelo consolidado e ismiuçado de negócio do franqueador.

Todavia, ao passo que uma maior quantidade de obrigações do franqueador reduz o risco de insucesso do fraqueado, a prática também reduz sua autonomia empresarial, o que causa confusões como entender-se a relação entre franqueado e franqueador como empregatícia, como a narrada pelo Professor Luiz Felizardo Barroso (2002, p. 32) ao citar que Stephen Kanitz, em curso de franquia em fita de videocassete comercializada pela PCM *Franchising*, aduz ser o franqueado “um misto, um meio-termo entre dono e

funcionário do franqueador, funcionário que, neste caso, seria gerente”.

Em verdade, no sistema de franquia o franqueado deve manter sua autonomia empresarial, cabendo ao mesmo uma atitude proativa, estabelecendo seu próprio planejamento dentro dos limites estipulados no contrato de franquia, não sendo interessante que apenas cumpra as diretrizes do franqueador, as quais deverá respeitar, mas tendo seu próprio planejamento como principal meta, sob pena de, sobretudo no *business format franchising*, tornar-se totalmente alienado, incapaz contestar eventuais diretrizes incorretas do franqueador que estejam em desacordo com o contrato firmado ou que lhe sejam prejudiciais.

Isto porque o contrato de franquia inicia uma relação de colaboração empresarial, na qual ambas as partes devem envidar esforços no sentido de aperfeiçoar o sistema, propagando o mercado do franqueador, atraindo mais clientes e lucros para ambas as partes, ou seja, colaborando para o crescimento do aviamento de propriedade do franqueador que favorece também ao franqueado.

Assim é que, conforme Fran Martins (2010, p. 442), anuncia o Bank of America “*O melhor método para o sucesso da franquia é uma feliz aplicação de controles pelo franqueador – controles que não são restritivos, mas que beneficiem o franqueado*”, no que complementa Harry Kursh “*a good franchise will never permit a franchisee complete freedom*”.

Trata-se, assim, de relação colaborativa de subordinação empresarial, que visa a ampliação do fundo de comércio do franqueador em benefício de ambas as partes, não podendo ser confundida, em virtude desta diferente forma de subordinação, de cunho empresarial, com uma relação de emprego.

Também erroneamente alguns conferem à subordinação empresarial existente no contrato de franquia a natureza de relação de consumo, o que evidentemente não se caracteriza, pois o franqueado nada adquire do franqueador que não bens e serviços necessários ao desenvolvimento de sua empresa, que ou serão repassados ao consumidor da forma como comprados ou serão necessários para a produção dos bens destinados ao consumidor.

Sendo assim, não se pode caracterizar o franqueado como destinatário final dos bens e serviços prestados pelo franqueador, pois afinal o franqueador nada mais faz do que visar o destinatário final da cadeia, a ampliação de um fundo de comércio de sua propriedade, o que será alcançado mediante o esforço conjunto e colaborativo das partes, afastando a natureza consumerista do contrato de franquia.

Neste sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial número 687.322 RJ, de relatoria do saudoso Ministro Menezes Direito, tendo o tribunal julgado que não se pode reconhecer a existência de uma relação de consumo no contrato de franquia mesmo adotando-se a teoria maximalista de interpretação do Código de Defesa do Consumidor, na qual se dá uma interpretação extensiva de suas disposições ao determinar a existência de relações de consumo não pelo critério do destinatário final, mas pelo critério de mera vulnerabilidade do adquirente. Merece destaque o seguinte trecho do voto condutor deste bem fundamentado acórdão:

Primeiro, não me parece que o franqueado tenha condições técnicas de se enquadrar como destinatário final, nos termos do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. Adotado o conceito de destinatário final como aquele que retira o bem do mercado, encerrando o circuito produtivo, englobado ainda aquele que o utiliza para seu trabalho profissional, no contexto de uma interpretação dita “finalista extensiva”, não se pode afirmar que o franqueado seja o destinatário final da franquia. É que, realmente, o objeto do contrato é exatamente a passagem da franquia do titular para o mercado de consumo, utilizando a rede de franqueados, que, de fato, são substitutos daquele junto ao mercado, sob quaisquer das suas modalidades. Poder-se-ia cogitar de separar no contrato de franquia algumas modalidades obrigacionais que dariam azo a que se introduzisse a figura do consumidor à luz do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, como, por exemplo, no caso da franquia de serviços de assistência técnica do franqueador ao franqueado. Mas não creio que se possa chegar a tanto pela natureza do próprio contrato de franquia, que põe o uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição e de tecnologia ao alcance do franqueado com vistas ao mercado consumidor, embora deva ser considerado que embaixo outros contratos possam existir como o de locação de imóvel e de cessão de direitos. No contrato de franquia, dá-se uma transferência do direito de uso do sistema inerente à franquia conforme o tipo de franquia, sendo o franqueado claramente um elo na cadeia de consumo entre o franqueador e o consumidor. A

relação entre eles não é de consumo. Esta Corte, Relator o Ministro Franciulli Netto, assinalou que o contrato de franquia “não se confunde com nenhum outro contrato, porquanto possui delineamentos próprios que lhe concederam autonomia. Ainda que híbrido, não pode ser configurado como a fusão de vários contratos específicos”. E mais: “Por ser um contrato autônomo e complexo, não há falar tão-somente na cessão de marca ou da prestação de serviços, de forma isolada. Ocorre, em verdade, um conjunto de atividades abarcadas pelo contrato de franquia, sem que se possa conceber a preponderância de uma atividade em detrimento de outra. Permitir a primazia da cessão de marca em face da prestação de serviço, data maxima venia, significa transformar o contrato de franquia em contrato de locação. Seguindo esse raciocínio, conceder preeminência à prestação de serviços em face da cessão de marca importa em transfigurar o contrato de franquia em contrato de prestação de serviços” (REsp nº 403.799-MG, Segunda Turma, DJ de 26/4/06). Segundo, não enxergo fundamento suficiente para pôr o franqueado na cobertura do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor. Embora o pressuposto da equiparação seja a mera exposição às práticas comerciais previstas, o contrato de franquia obedece ao disposto em legislação especial que regula estritamente a formação do contrato e regula as sanções possíveis. Em tal cenário, o que se deve aplicar subsidiariamente não é o Código de Defesa do Consumidor que também é lei especial sobre relações de consumo, mas, sim, o Código Civil que é a legislação matriz da disciplina contratual. Transplantar para o Código de Defesa do Consumidor um contrato regulado por lei especial e que contém regras jurídicas próprias sobre a formação do contrato, com sanções específicas, não me parece da melhor técnica. Por outro lado, valeria analisar a perspectiva da aplicação do art. 29 sob o ângulo da vulnerabilidade do franqueado diante do franqueador. É que a jurisprudência pode, em determinado momento, relevar esse aspecto, entendendo ser necessário proteger o franqueado da prática abusiva, melhor dizendo, do abuso do poder econômico, como foi o caso, por exemplo, da cobertura do comerciante mais fraco em contrato de distribuição de bebidas. Tome-se o acórdão desta Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andriighi, em que se afirmou que a “relação jurídica qualificada por ser de ‘consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro”, tudo com os olhos postos na necessidade de manter o equilíbrio contratual, destacando, porém, que a “jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo” (Resp nº 476.428/SC, DJ de 9/5/05). Todavia, não creio que seja possível aplicar o precedente no que diz com o contrato de franquia. É que a fragilidade não existe quando se sabe que o franqueador tem obrigações definidas na lei para a concessão da franquia, com indicação precisa das obrigações que assume e que o franqueado deve assumir. Ademais, o franqueado dispõe, por expresso comando legal, da Circular de Oferta de Franquia, a ser oferecida em linguagem clara e acessível, indicando, dentre outras condições, o total do investimento inicial, o valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento, informações sobre os pagamentos ao franqueador ou a terceiros, a remuneração pelo uso do sistema, da marca ou troca de serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado, aluguel de equipamento ou ponto comercial, além do modelo de contrato-padrão, com texto completo. Isso, na minha compreensão, enquadrando-se todos os contratos no regime da boa-fé, conduz a comportamento que não se compadece com posterior imputação da existência de cláusulas abusivas. Se não houvesse lei com esse regramento tão minucioso, claro, capaz de levar as partes contratantes a saber com antecedência o que se vai contratar e em que condições seria possível até imaginar que o franqueado teria condições de invocar que foi atingido por prática abusiva prevista no Código de Defesa do Consumidor. Veja-se que Cláudia Lima Marques, essa arquiteta desbravadora da proteção do consumidor no Brasil, mostra que a idéia básica do art. 29 “é a imposição de um patamar mínimo de lealdade e boa-fé objetiva” (Cláudia Lima Marques, Antonio Hermann V. Benjamin e Bruno Miragem, Código de Defesa do Consumidor Comentado, RT, 2ª ed., 2006, pág. 452). A boa-fé opera na reciprocidade, sendo claro que aquele que contrata sabendo com antecedência aquilo que contrata, não sendo pessoa fora do mercado, hipossuficiente, ou ignorante da prática comercial da área que vai contratar, subordinado a uma lei especial que define a formação do contrato e as condições prévias da contratação, não pode invocar a proteção do Código de Defesa do Consumidor. Não se trata nem de relação de consumo, nem de consumidor, nem, no meu entender, de equiparação a consumidor. E, o que me parece relevante, não há falar em tal situação na existência de prejuízo indireto ao consumidor. Não é, portanto, caso de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, deve-se observar que a má prática da franquia por parte de franqueadores pode eventual-

mente caracterizar uma relação de consumo, pois em certos casos o que se observa é uma mera relação de venda de maquinário e outros ativos produzidos pelo franqueador, direta ou indiretamente, ao franqueado.

Esse tipo de prática é relatada por John F. Love (1987, p.89) como uma das quais levou os concorrentes da então iniciante *McDonald's* a ficarem para trás ao longo do tempo. O jornalista relata que muitos franqueadores de *fast food* tornaram-se simples fornecedores de insumos e máquinas aos franqueados, alguns fornecendo aos franqueados bens de sua própria produção em detrimento de outros de melhor qualidade ou menor custo, enquanto outros faziam o franqueado adquirir bens de certos fornecedores para destes receber comissões, entre outras muitas más práticas que eram verificadas.

Casos absurdos como estes, em que a sistemática colaborativa do *franchising* é completamente ignorada pelo franqueador, podem caracterizar diversos problemas, sendo a caracterização da relação de consumo apenas um.

Quanto ao recebimento de comissões pelo franqueador de fornecedores da cadeia de *franchising*, entende-se que a prática é completamente ilegal, sendo contrária à boa-fé, à função social dos contratos, à moral, aos bons costumes e à probidade, sendo possível citar uma infinidade de princípios gerais do Direito e especiais do Direito Comercial que condenam a prática.

Neste caso entende-se que o franqueador, além de responder perante o franqueado pelo prejuízo que a comissão lhe causa, pagando-lhe toda a remuneração neste sentido recebida e eventualmente ainda outros danos, estará aumentando arbitrariamente seus lucros, o que configura infração à ordem econômica nos termos do artigo 173, § 4º, da Constituição.

Vale registrar, por oportuno, que os crimes de corrupção ativa e passiva hoje previstos na legislação nacional apenas para o setor pública estão sendo debatidos no projeto do novo Código Penal no sentido de ampliar a tipificação também para o setor privado, sendo interessante que a ampliação abarque também não só a franquia, mas todos os contratos em que há subordinação empresarial.

Da leitura da narrativa jornalística de John F. Love se pode observar que a subordinação do franqueado ao franqueador não deve representar prejuízo a este, mas ganho efetivo, sendo maiores os laços colaborativos e, assim, de supervisão e obediência nos sistemas bem sucedidos de *franchising*, nos quais o que importa ao franqueador é o sucesso do franqueado, o lucro deste, e não os valores iniciais pagos ou a compra de máquinas, equipamentos, insumos e produtos.

Ou seja, a subordinação, na franquia, serve como instrumento de otimização da relação colaborativa que deve imperar, sem a qual vários problemas surgem para ambas as partes, afastando a caracterização de um contrato de franquia.

2.3. CLASSIFICAÇÃO

O Contrato franquia pode ser classificado como:

- (I) Formal ou solene, por ser imposta a forma escrita pela legislação vigente;
- (II) nominado, pela expressa previsão e regulação em Lei¹;
- (III) atípico, por não constar da legislação específica quais os direitos e obrigações das partes contratantes, conforme classificação de Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 127);
- (IV) oneroso, por pressupor sempre contraprestações com finalidade lucrativa de ambas as partes;
- (V) bilateral, pois ambos os contratantes assumem direitos e obrigações;
- (VI) de adesão, por haver imposição do modelo de contratação por parte do franqueador, apesar da vacilação doutrinária quanto ao assunto;
- (VII) consensual, não havendo que se falar na entrega de algo para tornar-se perfeito o contrato;
- (VIII) comutativo, não sendo a âlea um elemento normalmente presente;
- (IX) de execução continuada, por obrigarem-se as partes no sentido de continuamente executarem prestações em benefício recíproco;

1 No presente artigo se adota posição pela qual nominados são os contratos para os quais a legislação vigente atribui uma denominação, enquanto típicos são os contratos para os quais a Lei prescreve os direitos e obrigações dos contratantes.

- (X) de colaboração empresarial, pois os interesses das partes são predominantemente comuns e não opostos; e,
- (XI) *intuitu personae*, tendo em vista o caráter pessoal que as partes buscam.

2.4. CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA

Certamente levando em consideração a caracterização do contrato de franquia como contrato de adesão, a Lei 8.995/1994 prevê diversas obrigações que devem ser cumpridas pelo interessado em participar de contrato de franquia na condição de franqueador.

Neste sentido é que o artigo terceiro dispõe sobre a Circular de Oferta de Franquia, que deve ser disponibilizado pelo franqueador com antecedência mínima de 10 (dez) dias antes do fechamento do contrato ou de um pré-contrato.

Os detalhes da Circular de Oferta de Franquia podem ser equiparados à obrigação de *disclosure* preconizadas pelos manuais de boas práticas de governança corporativa, consistindo em dever de transparência do franqueador perante o franqueado, parte aderente nesta relação de colaboração empresarial, o que leva o Professor Fábio Ulhoa Coelho a classificar a Lei de franquias brasileira como um *disclosure statute* (2009, p. 126).

Essa característica da Circular de Oferta de Franquia tão relacionada ao *disclosure* faz o Professor Luiz Felizardo Barroso equiparar a circular aos prospectos requisitados pela Lei nas distribuições públicas de títulos e valores mobiliários (2002, p. 54).

Conforme a letra da Lei, a Circular de Oferta de Franquia deve detalhar:

I - histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços;

II - balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios;

III - indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia;

IV - descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;

V - perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente;

VI - requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio;

VII - especificações quanto ao:

a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia;

b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e

c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento;

VIII - informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:

a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (*royalties*);

b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial;

c) taxa de publicidade ou semelhante;

d) seguro mínimo; e

e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados;

IX - relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como

dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone;

X - em relação ao território, deve ser especificado o seguinte:

a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e

b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações;

XI - informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores;

XII - indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a:

a) supervisão de rede;

b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado;

c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos;

d) treinamento dos funcionários do franqueado;

e) manuais de franquia;

f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e

g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado;

XIII - situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador;

XIV - situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a:

a) know how ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e

b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador;

XV - modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade.

Sobre a Circular de Oferta de Franquia e seus requisitos, importa registrar que a Associação Brasileira de Franchising possui um Código de Auto-Regulamentação ao qual seus associados devem observar, impondo este diploma, sobretudo, uma maior clareza nas informações prestadas.

O artigo quarto, parágrafo único, da Lei 8.955/1994 alveja com a anulabilidade o contrato de franquia firmado sem a observância ao disposto quanto à Circular de Oferta de Franquia, sanção grave para a qual a legislação especial deixa de estabelecer um prazo de prescrição à respectiva pretensão anulatória, entendendo-se aplicável o artigo 205 do Código Civil e, assim, o prazo de 10 (dez) anos contados da assinatura do contrato ou pré-contrato.

Ainda neste sentido, apesar do artigo quarto, parágrafo único, da Lei 8.955/1994 estabelecer que em conjunto com a anulação do contrato o franqueado poderá requerer a devolução de quantias pagas ao franqueador e a terceiros por ele indicados, entende-se que: (i) o franqueado não poderá exigir dos terceiros de boa fé tal devolução, requerendo-a do próprio franqueador; e, (ii) que o franqueador poderá não devolver todos os valores recebidos em face da possível caracterização de enriquecimento sem causa do franqueado.

Isto porque, apesar de silente a Lei especial, os terceiros de boa fé não podem sofrer os efeitos de ato ilícito no qual não participaram e para o qual não colaboraram, e não se pode admitir que o franqueado tenha na Lei de franquias garantia de enriquecimento sem causa, o que é vedado no artigo 884 e seguintes do Código Civil, devendo as regras gerais de Direito Contratual prevalecer no silêncio, ainda que parcial, da Lei específica.

Ademais, conforme o artigo sétimo da Lei 8.955/1994, informações falsas ou em desacordo com o contrato que constem da Circular de Oferta de Franquia também geram ao franqueado a pretensão de anular o contrato e requerer a restituição prevista para o caso de ausência da formalidade. Neste ponto insta salientar que o projeto do novo Código Comercial prevê não mais a anulabilidade para o caso de divergência

entre o contrato e a circular, mas a aplicação do que mais favorável ao franqueado for, conforme artigo 399.

De outra sorte, as mesmas regras são aplicáveis também na subcontratação da franquia, devendo o subfranqueador ser equiparado ao franqueador e o subfranqueado ao franqueado.

Importa registrar, neste diapasão, que a subfranquia é largamente utilizada, sobretudo pelas grandes redes franqueadoras, a maior parte delas provindas do exterior e estabelecendo no território nacional um representante, uma subsidiária que atua como a prática convencionou chamar de Franqueador *Master*, sendo o caso, por exemplo, da empresa Arcos Dourados, subfranqueadora atual do *McDonald's* no Brasil.

Por fim, cabe criticar o legislador por não ter atribuído ao franqueador o dever de manter a transparência necessária ao início do negócio durante toda sua vigência, tendo o legislador observado a caracterização do contrato de franquia como de adesão, mas deixado de observar ser o mesmo também um contrato de trato sucessivo, continuado.

Diante de tal classificação a legislação deveria dispor acerca de uma periodicidade mínima na qual o franqueador atualizaria as informações prestadas na Circular de Oferta de Franquia ou ao menos que este instrumento deveria dispor sobre o assunto, situação que permanecerá caso a atual redação do projeto de novo Código Comercial seja aprovada sem alterações.

2.5. REGISTRO

Nos termos do artigo 211 da Lei 9.279, a Lei de Propriedade Industrial brasileira, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) é competente para promover o registro dos contratos que envolvem propriedade industrial, entre os quais encontra-se o contrato de franquia em razão da licença de uso de marca que é ínsita ao contrato.

O parágrafo único do artigo citado expressamente ressalva que o registro não é necessário para que o contrato seja válido, mas apenas que será necessário para que seja imposto perante terceiros.

Os principais terceiros para os quais o registro terá efeito certamente são a fazenda pública e o Banco Central, posto que nos termos das normas específicas que regem a matéria: (i) o franqueado só poderá abater as despesas com remuneração do franqueador da apuração de seu lucro real se o contrato estiver registrado; e (ii) remessas de *royalties* ao franqueador estrangeiro só podem ser realizadas regularmente se o contrato estiver devidamente registrado perante o INPI, sendo impossível realizar o necessário Registro de Operações Financeiras no sistema de Registro Declaratório Eletrônico do Banco Central (RDE-ROF), que possibilitam a remessa da remuneração do franqueador ao exterior, sem o prévio registro do contrato de franquia no INPI.

Contudo, é de se ressaltar que o registro no INPI gera também efeitos perante todo e qualquer terceiro, podendo aproveitar ao franqueado, por exemplo, no caso de sua área de exclusividade ser desrespeitada, de modo que se o registro houver sido empreendido, neste caso, o novo franqueado na mesma zona de exclusividade não poderá alegar de boa-fé o desconhecimento do ato ilícito que praticou em conjunto com o franqueador, podendo ter seu contrato desconsiderado e tornar-se responsável solidário em conjunto com o franqueador pelos danos causados ao franqueado original.

Outrossim, retornando à constatação anteriormente elaborada no sentido de que o fornecedor de boa-fé não poderá ser responsabilizado no caso de anulação do contrato de franquia por descumprimento pelo franqueador de suas obrigações relacionadas à Circular de Oferta de Franquia, tem-se que o registro do contrato perante o INPI não modifica a situação.

Isto porque do simples registro não poderá o fornecedor de boa-fé ter segurança acerca do cumprimento de todas as obrigações por parte do franqueador, seja porque o registro não precisa demonstrar que a circular foi disponibilizada, seja porque o fornecedor de boa-fé não tem condições de verificar a veracidade das informações que eventualmente tenham sido prestadas pelo franqueador ao franqueado.

2.6. EXTINÇÃO DO CONTRATO

A Lei 8.955, sendo exclusivamente um *disclosure statute*, não tratou da extinção do contrato de franquia, deixando o assunto a ser resolvido com base nas regras gerais de Direito Contratual disposta no Có-

digo Civil.

Todavia, também as regras gerais dispostas no Código Civil sobre a matéria são omissas, gerando problemas dos mais variados que se resolvem realmente pela casuística, não havendo uma formulação geral a ser seguida.

Assim, a questão da extinção do vínculo originado com o contrato de franquia deve ser objeto de minuciosas disposições contratuais que estabeleçam regramento a ser seguido da forma mais abrangente possível, sob pena de proporcionar grande margem para discussões e, conseqüentemente, litígios.

Retornando ao Código Civil, toda a matéria relativa à rescisão unilateral é disposta em um único artigo:

Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

A correta interpretação do *caput* leva à conclusão de que os contratos por prazo determinado podem ser rescindidos unilateralmente apenas em casos expressos na legislação ou no contrato, enquanto que os contratos por prazo indeterminado podem ser rescindidos a qualquer tempo e sem motivação específica.

Quanto aos contratos por prazo determinado não há muito o que se debater, cabendo denúncia apenas motivada, seja por disposição contratual expressa ou por disposição legal, entre as quais se pode citar o inadimplemento de um dos contratantes e a onerosidade excessiva e imprevisível superveniente.

Caso não haja justo motivo para a rescisão unilateral, entende-se que em sendo notificada da rescisão a parte poderá tanto aceitar a rescisão e requerer a correspondente indenização, quanto pleitear judicialmente o cumprimento do contrato por parte do notificante, o que poderá eventualmente redundar em indenização caso se constate que a outra parte não tem condições de realizar as prestações assumidas.

A indenização, nestes casos, deve compreender danos materiais emergentes, lucros cessantes e eventualmente danos morais, o que dependerá do caso concreto. Caso a rescisão injustificada tenha sido promovida pelo franqueador, entende-se que o franqueado poderá requerer a título de danos materiais a totalidade ou parte das despesas que teve com a aquisição e a instalação da franquia, sendo no caso inverso devida indenização ao franqueador pelos custos da negociação com o franqueado, entre outras verbas a serem verificadas no caso concreto.

Todavia, no caso do contrato por prazo indeterminado, o que inclui os originalmente firmados sem um prazo de vigência e aqueles nos quais mesmo expirado o prazo as partes mantiveram a relação, qualquer das partes pode rescindir unilateralmente o contrato sem qualquer motivação, o que em doutrina se chama denúncia vazia ou rescisão imotivada.

Este é o principal ponto de discordia em contratos de trato sucessivo para os quais a Lei não estabelece regramento específico para a extinção do vínculo contratual, o que se verifica não apenas nos contratos de franquia, mas também nos contratos de distribuição, de agência, de concessão comercial, entre outros.

Em virtude da autonomia da vontade, do direito de propriedade, da livre iniciativa, entre outros princípios que regem os negócios jurídicos no ordenamento nacional, o fato é que no direito privado ninguém está obrigado a manter-se perpetuamente vinculado a um contrato, sendo a denúncia vazia aplicável a qualquer negócio jurídico por prazo indeterminado, um verdadeiro direito de qualquer um que se ache vinculado a uma obrigação sem prazo de vigência.

Seguindo a literalidade do artigo 473 do Código Civil, entende-se, mais, que o interessado em rescindir um contrato por prazo indeterminado poderá fazê-lo imediatamente, notificando a outra parte que o contrato encontra-se rescindido a partir de então, sem conceder-lhe qualquer prazo que seja.

Contudo, conforme o parágrafo único do artigo comentado, em determinados casos, se “dada a natu-

reza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

Como se vê a disposição apresenta ao menos dois conceitos abertos a serem preenchidos pela causuística: (i) investimentos consideráveis; e (ii) prazo compatível.

O fato é que cabe aos contratantes poderar sobre o assunto previamente, devendo o contratado – neste caso o franqueado – exigir um prazo contratual compatível com os investimentos que realizará, sendo certo que não há ninguém melhor do que o próprio investidor para apontar o prazo necessário para a amortização e o retorno esperado do investimento.

Todavia, há casos em que por questões de ordem comercial não é possível impor ao contratante – no caso ao franqueador – que assuma o prazo adequado ou mesmo qualquer prazo que seja, o que se verifica mais facilmente quando o franqueador possui poder econômico inúmeras vezes superior e não tem condições logísticas de estabelecer relação pessoal específica com cada um de seus franqueados, o que pode custar mais do que o correspondente benefício.

Para este tipo de relação empresarial é que serve o parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, mas sendo uma disposição de conteúdo aberto sua efetivação depende de penoso procedimento de produção de prova pericial, bem assim do bom senso e da coragem do julgador.

Com efeito, recebendo denúncia vazia que não lhe garanta um prazo antes da resilição ou que estabeleça prazo incompatível com os investimentos realizados, o prejudicado terá abertas: (i) a difícil possibilidade de pleitear liminarmente a manutenção do vínculo por um prazo compatível; e (ii) a via indenizatória.

A primeira possibilidade é evidentemente uma difícil tarefa em que se lançam o empresário e seu advogado, pois preencher os requisitos de uma tutela antecipada neste caso é algo remotamente possível, sendo em muitos casos impossível, pois a verificação dos investimentos e, sobretudo, de um prazo compatível com estes são matérias que devem ser objeto de perícia, de modo que ao conceder uma liminar neste sentido o juiz estará julgando os dados que lhe são apresentados sem o devido conhecimento técnico e sem uma completa cognição acerca de dados complexos, o que torna o indeferimento do pedido uma conveniente e prudente decisão.

Não se obtendo a antecipação de tutela o fato é que a ação na qual se pleiteia a manutenção do vínculo por prazo compatível perde totalmente o sentido, de modo que a procedência do pedido certamente em nada aproveitará ao empresário, que até o final da ação terá o fruto de seu investimento como algo obsoleto, sem utilidade, avariado, inutilizado, vendido ou de qualquer outra forma impossibilitando o cumprimento do provimento jurisdicional.

Neste caso, bem como nos casos em que o prejudicado não se lança na tentativa de obter a decisão antecipatória, tem lugar a ação indenizatória, na qual ocorrem sérias divergências jurisprudenciais.

Há casos, por exemplo, em que tribunais decidem pela aplicação por analogia da Lei 6.729, relativa à concessão de veículos automotores terrestres, para a apuração da indenização devida, mesmo havendo posicionamento contrário do Superior Tribunal de Justiça neste sentido, o que se observa facilmente dos Recursos Especiais números 789.708 RS e 654.408 RJ.

O fato é que só a causuística pode prevalecer, cabendo ao procedimento pericial definir o tempo compatível com os investimentos de vulto que tenham sido realizados e, a partir deste, os danos experimentados pelo notificado, arbitrando o juiz a indenização com base nestes parâmetros.

Salienta-se, neste diapasão, que o projeto do novo Código Comercial acaba com o debate de maneira traumática, simplesmente dispondo que nos contratos por prazo indeterminado a resilição unilateral imotivada, caso o contrato não disponha em contrário, pode se dar a qualquer tempo e a outra parte não terá direito a qualquer indenização pela não amortização dos investimentos realizados.

Ainda quanto à resilição de contratos da espécie, muito se tem discutido sobre cláusulas de não concorrência, que vigoram tanto durante a franquia, quanto após a rescisão, impossibilitando que o franqueado atue no mercado do franqueador.

Sobre o assunto importa notar que o franqueador ao admitir alguém como seu franqueado passa,

em verdade, a lhe transferir sua tecnologia, demonstrando como funciona o mercado, como funciona seu negócio, os números de seu negócio, a concorrência no setor, tudo que nunca faria sequer ao mercado em geral, quem dirá diretamente a um concorrente.

Sendo assim, não é injusta ou ilegal a cláusula que restringe o direito de iniciativa do franqueado, mas esta deverá ser o mais específica possível, restringindo o mercado de atuação, o território de impedimento e o prazo pelo qual este vigorará após a rescisão do contrato.

Sobre a questão, caso antes mesmo do contrato de franquia o candidato a franqueado seja um profissional do ramo e retire sua sobrevivência da atividade, como ocorre, por exemplo, com professores de idiomas ou padeiros, tem-se como mais recente e prudente orientação conceder-lhe, mediante previsão contratual, uma compensação financeira específica pelo período dentro do qual estará impedido de exercer sua atividade naquele mercado, sendo esta orientação baseada em analogia aos julgados da justiça do trabalho em matérias semelhantes.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto no presente trabalho, tem-se que o contrato de franquia deve ser interpretado em linha com sua natureza colaborativa empresarial, sendo esta sua mais importante característica.

A colaboração empresarial ínsita ao contrato de franquia possibilita aos envolvidos entender como devem se relacionar, aos advogados como deve ser a redação dos contratos e, sobretudo, aos julgadores, sejam juízes, árbitros ou autoridades outras, como solucionar os litígios que lhes são apresentados.

Neste sentido é que, sendo observada a natureza colaborativa empresarial, o contrato de franquia: (i) não deverá caracterizar uma relação de consumo entre franqueador e franqueado; (ii) não deve caracterizar um vínculo empregatício entre franqueador e franqueado; (iii) não deve caracterizar-se como prática de ilícito concorrencial o ajustamento de preços e estoques entre franqueador e franqueado; entre outras tantas constatações que servem a um perfeito delineamento dos contornos privados deste tão importante instituto.

4. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Jorge Pereira. *Contratos de franquia e leasing*. São Paulo: Atlas, 1993.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. Disponível em: <http://www.portaldofranchising.com.br/site/content/interna/index.asp?codA=11&codC=4&origem=sobreosetor>. Acessado em 10 de agosto de 2011.

BARROSO, Luiz Felizardo. *Os caminhos da ética no franchising. A importância de um Código de Ética*. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, vol.116. p. 118 e segs. 1999.

_____. *Franchising e direito*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Internet e o franchising : aspectos jurídicos e operacionais*. In Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro, (24): 33-34, set./out. de 1996.

_____. *A importância do adequado registro das marcas para franqueadores e franqueados*. In Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro, (16): 47-48, mai./jun. de 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. (coord.). *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Contratos comerciais*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: FU, 1994.

BORGES, Agnes Pinto. *Parceria empresarial no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRAGA, Carlos David Albuquerque. *Contrato de franquia empresarial*. In Direito dos Contratos II. JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa*. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Ato de Concentração nº 100/96, de 24 de março de 1999*, Requerentes: Frenesius Laboratórios Ltda., NMC do Brasil Ltda. e Maia de Almeida Indústria e Comércio Ltda. In DOU de 14 de abril de 1999.

CRETILLA NETO, José. *Manual Jurídico do Franchising*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Do Contrato Internacional de Franchising*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ, Glória Cardoso de Almeida. *Franchising*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, v. 4. 6. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002), o projeto de lei n. 6.960/2002 e a lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 7 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.

LOVE, John F. 2ed. *McDonald's: A Verdadeira História do Sucesso*. Trad. SOARES, David e WEISSEMBERG, Aurea. Rio de Janeiro: Beltrand Brasil, 1987.

MARTINS, Fran. *Contrato e obrigações comerciais*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1988.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; CAFFARATE, Viviane Machado. *Do contrato de franquia*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/616>>. Acesso em: 4 ago. 2011.

SILVEIRA, Newton. *Contrato de Franchising*. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Novos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 1990. p. 115-155.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 3.

INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE PERMUTA DO IMÓVEL LOCALIZADO NA RUA XXXXXXXXXXXXXXXXX.

1. PARTES CONTRATANTES

1.1. PROMITENTE PERMUTANTE – XXX, sociedade empresária limitada, CNPJ.MF. XXX, neste ato representada por suas sócias XXX, brasileira, solteira, empresária, CPF.MF. XXX, RG.XXX e XXX, brasileira, solteira, empresária, CPF.MF XXX, RG. XXX, todos com endereço na XXX, doravante denominada simplesmente XXX.

1.2. PROMITENTE PERMUTANTE – XXX, sociedade empresária limitada, CNPJ.MF. XXX, com sede na XXX, neste ato representada por seu sócio XXX, brasileiro, casado, empresário, CPF.MF. XXX, RG.XXX, residente e domiciliado na XXX, doravante denominada simplesmente XXX.

1.3. INTERVENIENTES FIADORES – XXX, brasileiro, casado, empresário, CPF.MF. XXX, RG.XXX e sua esposa XXX, brasileira, casada, empresária, CPF.MF. XXX, RG. XXX, residentes e domiciliados na XXX, dora-vante denominados simplesmente XXX.

2. TITULARIDADE E DISPONIBILIDADE

2.1. A XXX é titular dos direitos de posse e de propriedade inerentes ao imóvel situado na XXX, registrado no XXX Registro Geral de Imóveis da comarca de Recife/PE, matriculado com o número XXX.

2.2. Declara a XXX que o bem imóvel objeto deste contrato encontra-se livre e desembaraçado de ônus e/ou gravames de qualquer natureza, sejam decorrentes de arresto, seqüestro, hipoteca legal, convencional ou pe-nhora, bem como de ocupantes e quite com impostos, taxas e eventuais contribuições que sobre ele incidam, pondo a XXX a salvo de qualquer dúvida ou contestação futura.

3. OBJETO DO CONTRATO

3.1. A XXX promoverá a construção de 01 (um) edifício de apartamentos residenciais na área atualmente ocupada pelos imóveis de nºsXXX, XXX e XXX da XXX, os quais serão objeto de rememoração, totalizando uma área de aproximadamente XXX m2.

3.2. A XXX, portanto, aceitando permutar o imóvel de sua propriedade por uma parcela da área a ser construída, mais adiante detalhada, autoriza que a XXX busque aprovar na Prefeitura da Cidade do Recife o pertinente projeto de construção, bem como nos demais órgãos necessários.

3.3. O projeto para construção do edifício de apartamentos terá XXX pavimentos tipo, composto de XXX unidades, sendo: (a)XXX apartamentos de aproximadamente XXX m2, composto de sala para XXX ambientes, varanda, XXX quartos sociais (sendo 01 suíte), w.c. social, cozinha, área de serviço e XXX vagas de estacionamento; e (b)XXX apartamentos de aproximadamente XXX m2, composto de sala para XXX ambientes, XXX quartos sociais (sendo 01 suíte), w.c. social, cozinha, área de serviço e XXX vagas de estacionamento, tudo de acordo com estudo arquitetônico que faz parte integrante e inseparável do presente contrato.

4. DA PERMUTA

4.1. Constitui obrigação principal da XXX destinar à XXX, para execução da permuta, XXX apartamentos tipo do edifício de apartamentos, da seguinte forma: (a)XXX unidades com área aproximada de XXX m2, em específico as de nºsXXX, XXX, XXX e XXX; e (b)XXX unidades de aproximadamente XXX m2, em específico as de nºsXXX, XXX, XXX, XXX E XXX.

5. PRAZO DE INÍCIO DAS OBRAS

5.1. Tendo em vista necessidade de regularização documental relativa aos demais imóveis, localizados na XXX, a XXX compromete-se a obter todas as autorizações e licenças necessárias, bem como efetivamente iniciar a obra de construção do edifício no prazo máximo de 12 (doze) meses, a contar da assinatura do presente contrato.

5.2. Durante o referido período, e até que se inicie a construção efetiva do empreendimento, será devida pela XXX à XXX verba indenizatória mensal no valor de R\$XXX, a título de compensação por não estar o imóvel disponível para locação, tendo em vista o compromisso de permuta aqui pactuado.

5.3. O referido valor deve ser pago de modo retroativo ao mês de XXX de XXX, sendo devida e paga pela XXX, na data da assinatura do presente contrato, a quantia de R\$XXX, estabelecendo-se que o pagamento das demais parcelas mensais deverá ser realizado no primeiro dia de cada mês, a contar de XXX de XXX.

5.4. Será de responsabilidade da XXX, que se compromete a exibir os respectivos comprovantes ou ressarcir os pagamentos eventualmente realizados pela XXX, o pagamento do IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano, relativo ao período em que estiver em vigor a promessa de permuta, tendo em vista a impossibilidade de uso e fruição do imóvel,

5.5. Em caso de atraso nos pagamentos mensais, incidirá multa de 5% (cinco por cento), acrescida de juros de 1% a.m. e correção monetária pelo índice do IGPM, além de honorários profissionais no percentual de 20% (vinte por cento), sendo este último devido em caso de cobrança promovida por profissional da advocacia.

5.6. Independentemente da verba indenizatória pactuada, o presente contrato poderá ser rescindido, de pleno direito, à livre escolha da XXX, em caso de as licenças e autorizações não serem devidamente obtidas ou de não ser efetivamente iniciada a obra no prazo estabelecido na cláusula 5.1., isto no caso de a XXX ser notificada e não comprovar a implementação das referidas obrigações.

5.7. Qualquer tolerância ou concessão da XXX para com alguma inadimplência ou comportamento indevido da XXX ou dos FIADORES não importará, em nenhuma hipótese, concessão implícita de moratória, novação ou alteração dos termos deste contrato, que somente por igual instrumento poderá ser aditado ou modificado, e cuja formalidade escrita é aqui instituída como da substância do ato jurídico.

6. PRAZO DE CONCLUSÃO DAS OBRAS

6.1. A XXX compromete-se a realizar a referida construção com recursos próprios ou através do SFH – Sistema Financeiro de Habitação, no prazo máximo de 50 (cinquenta) meses, contados da licença de construção até a expedição do “habite-se”, podendo o referido prazo ser reduzido em caso de ser obtido financiamento à produção do empreendimento.

6.2. Caso seja excedido o prazo pactuado para entrega das unidades permutadas, a XXX pagará a quantia equivalente a 0,5% (zero virgula cinco por cento) do preço de cada unidade habitacional não entregue, quantia devida por cada mês de atraso e pagável mensalmente, enquanto não forem entregues os imóveis em perfeitas condições uso e fruição e com o devido “habite-se”.

7. DESPESAS CORRELATAS

7.1. A XXX compromete-se a arcar com todos os custos, taxas, emolumentos, impostos e demais despesas necessárias à lavratura da escritura pública de permuta, averbação da construção e inscrição imobiliária do empreendimento, bem como expedição do “habite-se” e demais providências necessárias à escrituração das unidades destinadas à XXX.

7.2. Será também de responsabilidade da XXX a contratação de profissional de vigilância armada ou empresa especializada para promover a guarda do imóvel de propriedade da XXX, arcando com os custos necessários à perfeita conservação do bem enquanto não for iniciada a construção do empreendimento.

8. IRRETRATABILIDADE E IRREVOGABILIDADE

8.1. O presente negócio jurídico é firmado em caráter irrevogável e irretroatável, não admitindo arrependimento de qualquer das partes ou rescisão imotivada, comportando, portanto, execução específica das obrigações pactuadas, na forma do artigo 463 do Código Civil, exceto nas hipóteses expressamente previstas.

9. IMISSÃO DE POSSE E ESCRITURA DE PERMUTA

9.1. Em que pese continuar a exercer a posse do bem enquanto não for iniciada a construção, a XXX autorizará a imissão de posse da XXX, bem como a demolição do imóvel, assim que forem obtidas as licenças e autorizações dos entes públicos responsáveis, desde que seja comunicada por escrito do implemento de tais condições.

9.2. Uma vez obtidas as licenças e autorizações necessárias ao início da obra, compromete-se a XXX a assinar os documentos necessários à regularização e rememoração dos imóveis, em especial a escritura pública de permuta.

10. FIANÇA

10.1. Firmam a presente avença, como devedores solidários e principais pagadores, as pessoas qualificadas no preâmbulo, as quais se responsabilizam, juntamente com a XXX, pelo fiel cumprimento de todas as cláusulas e obrigações pactuadas, estendendo-se dita responsabilidade ao preço, pagamentos e eventuais reajustes, multas e demais encargos constantes das cláusulas pactuadas, sem limitação de valor, prevalecendo dita responsabilidade até a final execução do contrato.

10.2. Os FIADORES expressamente renunciam aos benefícios de ordem e de exoneração previstos nos arts. 827, 828, 835 e 838 do Código Civil, obrigando-se como principais pagadores e devedores solidários de todas as obrigações da XXX que decorram direta ou indiretamente do presente contrato, prestando a garantia sem qualquer motivação com a sua participação societária na empresa afiançada e independentemente de qualquer caráter intuito personae.

10.3. A garantia prestada pelos FIADORES estende-se pelo prazo do contrato, até a efetiva entrega das unidades permutadas.

11. DISPOSIÇÕES FINAIS

11.1. O presente contrato sobrepõe-se e substitui quaisquer outras avenças pactuadas entre as partes que tenham por objeto a permuta aqui ajustada, em especial o Contrato de Promessa de Permuta assinado em XXX, bem como eventuais aditivos ou alterações posteriores.

12. VINCULAÇÃO OBRIGACIONAL E FORO

12.1. O presente contrato obriga, em todos os seus termos, não apenas as partes contratantes, mas

também seus herdeiros e/ou sucessores a qualquer título, regendo-se pelas normas civis pertinentes à matéria.

12.2. Eleggem as partes o foro da situação do imóvel, na cidade de Recife/PE, com expressa renúncia a qualquer outro, por mais especial ou privilegiado que seja, independentemente do domicílio atual ou futuro dos contra-tantes, como o único competente para conhecer, apreciar e decidir toda e qualquer questão que diga respeito à existência, cumprimento e validade do presente contrato.

Por estarem justos e contratados, firmam o presente instrumento em 04 (quatro) vias de igual teor, para que produza os seus jurídicos e legais efeitos.

Recife, 26 de dezembro de 2012.

 XXX

DISCURSO DE DESPEDIDA DO DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO, RICARDO PAES BARRETO, NA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE PERNAMBUCO (TRE-PE).

Meus ilustres colegas Desembargadores:

Logo nova mesa diretora será empossada na Presidência desta honrada Corte de Justiça eleitoral de nosso Estado, pois é chegada a hora de minha despedida, depois de, conforme prometido, ter cumprido o exercício bienal de meu mandato, que se findará no dia 23 próximo vindouro. É um momento de emoção.

Há cerca de 2 anos, vivi emoção igual. Vivo, agora, a emoção da despedida, que me faz recordar a poesia de Milton Nascimento:

“E assim, chegar e partir são os dois lados da mesma viagem
O trem que chega é o mesmo da partida.
A hora do encontro é também despedida”.

Ao assumir prestei compromisso com o povo pernambucano, com os servidores da casa e comigo mesmo, de trabalhar arduamente em diversos setores de nossa instituição, com a visão centrada em torná-la ainda mais eficiente e respeitada.

Tiver acertos e por certo cometi erros, mas sempre buscando acertar, e esses compromissos foram todos cumpridos.

Julgamos quase todas as pendências judiciais em curso, antigas e recentes, no primeiro e segundo grau de jurisdição.

Realizamos o tão esperado concurso público para preenchimento das vagas existentes em nossos quadros.

Treinamos os novos servidores e qualificamos ainda mais o excelente quadro funcional desta Casa de Justiça especializada, tão bem dirigida por nossa querida Diretora Geral Marília Berquó, servidora ímpar, dedicada à Casa como se fosse parte de sua família, e todos os Secretários que lhes dão suporte tão eficientemente, Antônio, Robson, Teresa, Cibele, Mônica e Acácio, com suas respectivas equipes de trabalho, a quem tudo fiz para que nada lhes faltasse e a quem tanto agradeço.

Melhoramos e ampliamos as instalações físicas e materiais da sede, dos anexos, dos fóruns e cartórios eleitorais em todos os recantos do Estado.

Foram realizadas inspeções gerais em todas as Zonas Eleitorais do Estado, como também na própria Corregedoria, o que não teria sido possível não fosse a diligência e a competência dos Desembargadores Corregedores Eleitorais Saulo Fabiani, Carlos Damião Lessa e Virgínio Carneiro Leão, além da preciosa colaboração de todos os juízes e promotores eleitorais do nosso Estado.

Cumprimos bem acima da média nacional todas as metas fixadas pelo CNJ e pelo TSE, contando, para tanto, repito, com a excelência da equipe funcional desta Corte, e com o apoio e a presteza de sempre da servidora Fátima.

Prestigiamos a Escola Judicial Eleitoral, a qual realizou cursos e treinamentos que se fizeram necessários, contando no particular com a diligência e compromisso dos Desembargadores Eleitorais Francisco Queiroz, Virgínio Carneiro Leão, RonniePreuss Duarte e Luiz Alberto Gurgel de Farias, além dos advogados Walber Agra e Erik Sial, que tudo fizeram, e ainda fazem, para o engrandecimento daquela instituição, tão bem secretariada pela servidora Isabela Landim.

Prestigiamos a Ouvidoria Eleitoral, então dirigida pelo dedicado Desembargador Stênio Neiva, hoje

membro do Tribunal de Justiça do Estado, e atualmente pelo Desembargador Eleitoral Roberto Morais, experiente advogado na área da Justiça Eleitoral, e que ora engrandece nossa Corte.

Instituímos o Juízo Colaborador, função hoje muito bem desempenhada pelo ilustre Desembargador Eleitoral Frederico Carvalho.

Implantamos a primeira e principal etapa do sistema eletrônico e integrado de segurança da Justiça Eleitoral pernambucana, registrando especial agradecimento ao servidor George Maciel pela sua dedicação e eficiência à frente desse projeto.

Implantamos o mural eletrônico nas nossas sessões; o ípleno, sistema que nos possibilitou julgar os processos nas sessões da Corte com muito mais velocidade e dinâmica, permitindo a todos ter acesso aos julgamentos online via web, resultando, ainda, numa enorme economia de papéis que eram utilizados a cada sessão.

Renovamos a frota dos veículos funcionais complementares e de serviço do Tribunal, inclusive adquirindo o novo ônibus em tamanho médio, capaz de transportar com segurança e conforto nossos servidores.

Instalamos a sala dos advogados nesta Corte e aqui a OAB-PE voltou a ter voz nas sessões solenes, em defesa das prerrogativas e direitos dos seus afiliados.

O projeto Memória Judiciária eleitoral está em curso, sentimento que tive em não deixar perecer o precioso passado de nossa Corte e a história da Justiça Eleitoral pernambucana.

Resgatamos ilustres magistrados e cidadãos que de alguma forma prestigiaram a Justiça Eleitoral pernambucana, imortalizando-os com diversas nomeações de prédios, fóruns, cartórios e instalações, na capital e no interior do Estado.

Realizamos as eleições municipais mais tranquilas, mais rápidas e menos custosas da história da Justiça Eleitoral pernambucana, mesmo com alguns percalços que são comuns no embate político próprio dessa época.

Iniciamos a terceira etapa do processo de revisão biométrica do eleitorado do Estado, que este ano chegará a mais de 2,5 milhões de eleitores, registrando a especial dedicação do servidor Mlexener Romeiro na coordenação de todo o cabeamento e funcionalidade do sistema em particular.

Atualizamos todo o arcabouço legislativo interno às reais necessidades da Corte.

Paralelamente, todas as demais rotinas em curso no tribunal, fóruns e cartórios, não só foram mantidas, como, sempre que possível, também vieram a ser modernizadas e racionalizadas.

Honramos a cidadania dos pernambucanos, sempre contando com o Executivo, o Legislativo, os partidos políticos, o empresariado, a classe trabalhadora, as minorias, o Ministério Público, os seguimentos da Advocacia, o TJPE, o TRF, o TRT, o TCE e as demais instituições públicas e privadas que de alguma forma colaboraram com a nossa gestão.

Registro um especial agradecimento à mídia pernambucana, escrita, falada e televisiva, sempre presente, divulgando, ou até mesmo criticando, as ações que realizamos nestes últimos anos, com destaque para a cobertura das Eleições Municipais de 2012, cujos resultados altamente positivos não teriam sido possíveis sem a preciosa colaboração da Ministra Presidente do TSE, Carmen Lúcia, exemplo de compromisso com a coisa pública, a qual, com seu jeito humilde, firme, sincero e eficiente, sempre esteve ao lado não só dos nossos pleitos, mas também em defesa dos interesses dos nossos servidores.

Não poderia deixar de registrar o valor excepcional dos servidores que deram e dão suporte aos pesados trabalhos da Presidência, Bernadete, Carol e Adélia; da Assessoria de Imprensa, Roberta Jungman, Sílvia Kátia, Marcos e Zauby; da Assessoria de Comunicação Social, Eliane Lemos, Elizabeth Gil e Fátima Aparecida, e da Assistência de Cerimonial e Assuntos Internacionais, Kátia Galindo, Marlene e Marinete, junto com seu corpo de servidores auxiliares.

Agradeço aos servidores da Corregedoria Regional Eleitoral, em especial Orson, Raquel e Breno, e a todos que compõem o corpo médico deste Regional, os quais dignificaram a confiança que neles depositamos.

Sem os nominar, agradeço indistintamente a todos os demais servidores eleitorais do Estado, efetivos, comissionados e requisitados, por tudo que fizeram em prol de nossas tradições.

Agradeço, igualmente e também em especial, a todos os demais Desembargadores Eleitorais com quem tive a grata satisfação de trabalhar, titulares e substitutos, Silvio Beltrão, nosso Vice-Presidente José Fernandes de Lemos, Janduhy Finizola Filho, Patriota Malta, Francisco Tenório, Gustavo Paes, Ademar Rigueira, José Henrique Coelho, José André Machado, Luciano Castro Campos, Heriberto Galvão, Francisco Wildo e o saudoso Paulo Gadelha, todos amigos e brilhantes magistrados; aos operosos Procuradores Regionais Eleitorais Antônio Edílio e João Bosco, que engrandeceram o desempenho deste Regional atuando como fiscais da lei ou como parte, sempre em plena harmonia com todos nós magistrados e servidores; aos ilustres advogados que aqui militam, indispensáveis à administração da Justiça e que constroem teses jurídicas inovadoras; aos jurisdicionados, que são os destinatários das nossas responsabilidades; aos amigos, que sempre nos incentivaram; à sociedade, razão de ser do nosso compromisso de cumprir e fazer cumprir a Constituição, as leis da República e o regimento interno deste Tribunal, e, por fim, à minha querida família, que nunca me faltou.

Deixo também um registro de agradecimento à nossa preciosa e comprometida equipe de segurança, dirigida pelo dedicado TC Rosendo, com o auxílio sempre eficiente dos Capitães Ricardo, Norões e Rosana; a Sérgio, Chefe dos Transportes, e aos motoristas Miguel, Marçílio e Claudemir, sempre cordiais e à disposição para me servir nos trajetos diuturnos de meus afazeres profissionais.

Todos, sem exceção, nunca serão esquecidos por mim.

Assim, meus diletos pares e demais presentes, logo me torno passado como Presidente deste Tribunal, crente do dever cumprido, na medida do que foi possível fazer, e em breve um grande magistrado, por certo homem digno e honrado irá me suceder nesta Presidência, juntamente com seu Vice-Presidente, no caso os Desembargadores José Fernandes de Lemos e Fausto Campos, ontem eleito por larga maioria pelo TJPE para a mim substituir nesta Corte.

As honras dos cargos transferem-se para esses futuros titulares.

Aos que eventualmente magoei, mesmo que inconscientemente, peço minhas desculpas, pois além de cristão tenho compromisso velado com o bem.

Procuramos sempre de boa-fé bem servir a este Tribunal e àqueles que, indistintamente, dependiam da nossa gestão e das nossas ações.

Com a humildade que assumi, agora inicio minhas despedidas, para que possa voltar às minhas atividades judicantes regulares perante o TJPE, à frente da presidência da sua 2ª Câmara de Direito Público, com a certeza do dever cumprido.

Como escreveu o poeta Carlos Drummond de Andrade:

“As coisas tangíveis
tornam-se insensíveis na palma da mão.
Mas as coisas findas
Muito mais que lindas,
Essas ficarão”.

Ficam as ações e as realizações que, espero, possam ter dignificado a imagem desta Corte e engrandecido o nome de todos aqueles que a ela pertenceram e pertencem, àqueles que se dedicaram e se dedicam a esta Instituição, sempre contando com a Graça de Deus e agora também com a do nosso novo Papa Francisco.

Muito obrigado a todos.

Recife, 19 de março de 2013.

Ricardo Paes Barreto

Desembargador Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco

VI CONGRESSO PERNAMBUCANO DE DIREITO CIVIL

Faça sua inscrição
www.esape.com.br
pagamento online

NOVOS RUMOS DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: ENTRE
LIBERDADE E RESPONSABILIDADE. EM HOMENAGEM AO
PROF. DR. FLÁVIO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI.

Coordenação Científica:
Prof. Msc. VENCESLAU TAVARES (ESA-OAB/PE e UFPE)
Prof. Dr. TORQUATO CASTRO JR (UFPE)

Datas: 23 e 24/maio de 2013
Local: Auditório da Faculdade Salesiana
Rua Dom Bosco, 551 - Boa Vista
Horário: 08:00 às 18:00
Carga horária: 20h/aula



Programação

Dia: 23/05/2013 (quinta-feira)

08:30 Solenidade de abertura
Presidente da mesa: **SIMÃO ROSEBAUM** (Diretor geral da Faculdade Salesiana do Nordeste).

Conferencistas:
RODRIGO XAVIER LEONARDO (Advogado. Mestre e Doutor pela USP. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPR).
MARCOS BERNARDES DE MELLO (Advogado. Doutor em Direito pela PUC/SP. Prof. Emérito da UFAL).

Fala do Homenageado: **FLÁVIO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI** (Procurador do Estado de Pernambuco. Mestre e Doutor pela UFPE).

10:30 - 1º Painel
Palestrantes:
ROBERTO PAULINO JR (Tabelião de notas e registrador de imóveis. Doutor em direito pela UFPE. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife e assistente - licenciado da UNICAP).
GUSTAVO ANDRADE (Advogado. Mestre e Doutorando pela UFPE. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Salesiana).
BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI (Advogado. Mestre pela UFPE).

12:00 Intervalo

14:00 - 2º Painel
Palestrantes:
LUCIANA BRASILEIRO (Advogada. Mestre pela UFPE. Diretora do IBDFAM-PE. Professora da Faculdade Maurício de Nassau e da Faculdade Marista).
MARIA RITA HOLANDA (Advogada. Mestre pela PUC/SP. Doutoranda pela UFPE. Presidente do IBDFAM-PE).
CATARINA OLIVEIRA (Advogada. Mestre e Doutora pela UFPE. Conselheira da OAB/PE. Professora da UNICAP e da ASCES).

16:00 - 3º Painel:
RENATA ANDRADE (Mestre e Doutoranda pela UFPE. Professora da Faculdade Damas e da Faculdade Maurício de Nassau).
LARISSA LEAL (Advogada. Mestre e Doutora pela UFPE. Professora dos Cursos de Mestrado e Doutorado da UFPE).
RAISSA ALENCAR (Advogada. Mestre pela UFPE. Professora da ESA-PE).

Dia: 24/05/2012 (sexta-feira)

08:30 - 4º Painel
TICIANA BENEVIDES (Procuradora da Advocacia Geral da União. Mestre e Doutoranda pela UFPE. Professora da Faculdade Salesiana).
VENCESLAU TAVARES (Advogado. Mestre e Doutorando pela UFPE. Professor da FOCCA, da Faculdade Metropolitana, da FAVIP e da Faculdade Damas. Secretário Geral da ESA-OAB/PE)
EDILSON NOBRE (Desembargador e Vice-Presidente do TRF da 5ª Região. Mestre e Doutor pela UFPE. Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado da UFPE).

10:30 - 5º Painel
MARCOS EHRHARDT JR (Advogado. Mestre pela UFAL. Doutor pela UFPE. Vice-Coodernador do Mestrado da UFAL. Professor da FAVIP).
FABIOLA ALBUQUERQUE (Advogada. Mestre e Doutora pela UFPE. Professora dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPE. Diretora da Faculdade de Direito da UFPE).
PAULO LÔBO (Advogado. Ex-Conselheiro do CNJ. Mestre pela UFPE. Doutor pela USP. Professor Emérito da UFAL. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPE).

12:00 Intervalo

14:00 - 6º Painel
ELAINE BUARQUE (Advogada. Mestre e Doutoranda pela UFPE. Professora da FOCCA).
HUMBERTO CARNEIRO (Advogado. Mestre pela UFPE. Professor da AESO. Coordenador do Núcleo de Direito Civil da ESA-OAB/PE).
FRANCISCO DE QUEIROZ CAVALCANTI (Desembargador do TRF da 5ª Região. Mestre pela UFPE. Doutor pela Universidade de Lisboa. Professor Titular da Faculdade de Direito da UFPE).

Solenidade de Conclusão do Congresso:

Saudação ao homenageado: **WALTER MANZI** (Diplomado pela Universidade Federal de Pernambuco, ex-Procurador da Fazenda Nacional, especializado em Direito da Energia Elétrica pela Universidade Cândido Mendes-RJ e em Direito Tributário e Empresarial, advogado atuante notadamente nas áreas de consultoria, planejamento e contencioso tributário e societário).

Conferências de Encerramento
JOSE ANTÔNIO PERES GEDIEL (Procurador do Estado do Paraná. Mestre e Doutor pela UFPR. Pós-Doutor pela Universidade de Montreal. Professor Titular da Faculdade de Direito da UFPR).
TORQUATO DA SILVA CASTRO JR (Advogado. Mestre pela UFPE. Doutor pela PUC/SP. Professor Titular da Faculdade de Direito da UFPE).

Taxa de inscrição: R\$ 70,00 (advogados adimplentes e estudantes) / R\$ 80,00 (Público em geral)



Apoio:



Informações e inscrições: ESape
Rua do Imperador, n 307, 1º andar, Santo Antônio
Fones: (81) 3224-7282, 3224-2425
secretariaesa@smartsat.com.br
E@ESA0ABPE

CARAVANA DA ORATÓRIA



An@_Z

Datas: (sexta-feira e sábado)
Horário: sexta - 18:00 às 22:00
sábado - 08:00 às 12:00 / 13:00 às 17:00
Local: (Subseccionais)
Carga horária: 16h/aula
Turma: 20 alunos

Vença o desafio de falar bem em reuniões, apresentações, discursos, palestras, congressos, seminários, workshops, etc. Desenvolva autocontrole e segurança para encantar platéias, clientes e colaboradores.

PÚBLICO ALVO: Este curso é direcionado para advogados, estudantes, professores, diretores, gerentes, executivos, gestores e colaboradores que atuam em processos relacionados à comunicação e àqueles que venham a atuar nestas posições, tendo como foco a melhoria na comunicação da organização que representam.

OBJETIVOS DO CURSO: Aprimorar a comunicação pessoal e interpessoal, superar o medo e a timidez em público e desenvolver apresentações com qualidade e segurança.



INSTRUTORES:

Professor: BRENO AGUIAR – Advogado do SINDCOSTURA/PE, Advogado do SINDCOMSIR/PE, Empresário, Pós-graduado em Direito Penal, Processo Penal, Professor Universitário, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais, Consultor e Instrutor do SENAC, Consultor e Instrutor nacional do SEBRAE.

Professor: BRUNO AGUIAR – Advogado do SINDCOSTURA/PE, Advogado do SINDCOMSIR/PE, Administrador de Empresas, Empresário, Pós graduado em gerenciamento de pessoas, Direito Civil, Processo Civil, Professor Universitário, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais, Consultor e Instrutor do SENAC, Consultor e Instrutor nacional do SEBRAE.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

- ▀ COMO DOMINAR O MEDO E A TIMIDEZ;
- ▀ COMO CRIAR EMPATIA COM O PÚBLICO;
- ▀ FALAR BEM E COM EMOÇÃO;
- ▀ FALAR COM EXPRESSIVIDADE;
- ▀ FALAR AO MICROFONE;
- ▀ TONS DE VOZ;
- ▀ TER UMA BOA POSTURA;
- ▀ QUALIDADES DO ORADOR.



www.esape.com.br

Informações: ESA-PE
Fones: (81) 3224-7282 / 3224-2425
secretaria@esape.com.br
@ESAOABPE